

VU Research Portal

Jurisprudentie Internetrecht 2006-2009

van der Linden-Smith, T; Lodder, A.R.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van der Linden-Smith, T., & Lodder, A. R. (Eds.) (2009). *Jurisprudentie Internetrecht 2006-2009*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

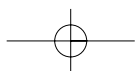
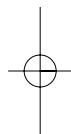
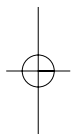
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Jurisprudentie Internetrecht

Uitspraken



Jurisprudentie Internetrecht

Uitspraken

redactie
?????
?????

ISBN 978 90 13 ????? ?

© 2009, Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Inhoud

Voorwoord	XIII
Vzr. Amsterdam 7 december 2005 Tiscali-KPN – geen LJN-nummer Rectificatie, begrip homepage	1
Vzr Amsterdam 9 maart 2006 Flickr – LJN-nummer - AV4204 Auteursrecht, creative commons licentie, privacy	6
Rechtbank Maastricht 27 maart 2006 Stufi per e-mail – LJN-nummer AW6886 Elektronische handtekening, wet elektronisch bestuurlijk verkeer	15
Rolnummer 1157/04 - 15 juni 2006	19
4 juli 2006 eerste civiele kamer - rolnummer 06/416	30
Sector kanton Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2006 Erotische DVD-box – LJN-nummer AZ4622 E-commerce, algemene voorwaarden, opzegging lidmaatschap	39
Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2007 Domeinnaam is vermogensrecht – LJN-nummer AZ6522. Domeinnaam, vermogensrecht, conservatoir verhaalsbeslag, conservatoir beslag tot afgifte, art. 3:6 BW	47
Rechtbank Zwolle 14 maart 2007 Stokke vs. marktplaats – LJN-nummer BA4950 Doorgeven NAW-gegevens, veilingsite, auteursrecht, merkenrecht	51
EHRM 3 april 2007 Case of Copland v. The United Kingdom Application no. 62617/00 Internet op het werk, privacy, reasonable expectation of privacy, art. 8 EVRM	61

Rb. Rotterdam 24 april 2007 Spotforextransacties – LJN-nummer BA4376 Effectenbemiddelaar, art. 7 lid 1 Wte, spotforextransacties	74
Voorzieningenrechter Amsterdam 26 april 2007 tvbabes – LJN-nummer BA3941, met noot door J.V.J. van Hoboken Onrechtmatige daad, hyperlinks, pagerank, zorgplicht, Google, zoekmachine, onmiskienbaar onrechtmatig	87
Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 8 mei 2007 Pretium vs. consumentenautoriteit – LJN-nummer BA4603 Onrechtmatige uiting, rectificatie, consumentenautoriteit, consumentenbelangen	92
Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 20 juni 2007 Busted by SKS – LJN-nummer BA8830 Onrechtmatige uitlating, rectificatie	102
Sector kanton Rb. Haarlem 29 augustus 2007 Marijn Ontwerp – LJN-nummer BB2576 E-commerce, algemene voorwaarden, feitelijke terhandstelling, art. 6:234 lid 1 BW	106
Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 september 2007 Email geen bestand – LJN-nummer BB3700 Email, art. 11 lid 1 WoB, intern beraad, persoonlijke beleidsopvattingen, bestand, art. 1 sub c Wbp	112
Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 8 oktober 2007 Octopussy – LJN-nummer BC1859 Onrechtmatige uiting, zoekmachine, reputatieschade, rectificatie, immateriële schadevergoeding	119
Rechtbank Rotterdam 30 oktober 2007 Opruiing via link – LJN-nummer BB7174 Opruiing, verspreiding d.m.v. link, art. 132 Sr.	130
Voorzieningenrechter Amsterdam 1 november 2007 Martijn – LJN-nummer BB6926 website pedofielenvereniging, aansprakelijkheid forumbeheerder, preventieve toetsing, auteursrecht, portretrecht, persoonlijke levenssfeer, bijzonder karakter	141
Rechtbank Amsterdam 21 november 2007 Ingebrekestelling via email – LJN-nummer BC0337 Ingebrekestelling via email, art. 6:82 BW	149

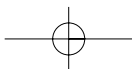
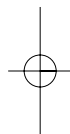
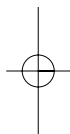
Hof Amsterdam 13 december 2007 Jaap.nl hoger beroep – LJN-nummer BC0125 Collectieve actie, art. 3:305a BW	158
Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008 WMS / Weborama – LJN-nummer BC3829 Databankenrecht	163
HR 18 januari 2008 Van Gasteren - Hemelrijk – LJN-nummer BB3210 Vrijheid van meningsuiting, eer en goede naam, perspublicatie	174
HvJ EG 21 januari 2008 Promusicae/Telefónica – zaaknr. C-275/06 Doorgeven persoonsgegevens, auteursrecht, handhaving	215
Hof 's Hertogenbosch 22 januari 2008 Otto LCD tv's hoger beroep – LJN-nummer BC2420 E-commerce, aanbod, aanvaarding, wilsgebrek, gerechtvaardigd vertrouwen	236
Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 24 januari 2008 eDonkey – IER 2008, 61 Auteursrecht, peer-to-peer netwerk, eDonkey, onrechtmatige daad, structureel en systematisch behulpzaam zijn	245
Rechtbank 's-Hertogenbosch 4 februari 2008 Virtuele kinderporno – LJN-nummer BC3225 Virtuele kinderporno	256
Rechtbank Zutphen 22 februari 2008 Naaktfoto's ex – LJN-nummer BC4944 Smaadschrift, verspreiding naaktfoto's via MSN	268
Rechtbank Haarlem 26 maart 2008 Pesterijen op YouTube – LJN-nummer BC8945 Arbeidsrecht, ontslag op staande voet, treiteren en discrimineren, filmpjes, YouTube	278
Rechtbank Zwolle 28 maart 2008 LinkUT – LJN-nummer BC8169 Ambtenarenrecht, email tijdens werktijd, link	283
Voorzieningenrechter Rotterdam 7 april 2008 fx.nl – LJN-nummer BC8951 Bestuursrecht, financiële dienstverlening, bemiddelen	288

Rechtbank Middelburg 23 april 2008 Marktplaats oplichting – LJN-nummer BD0409 Oplichting via marktplaats, schending van vertrouwen in handelsverkeer via internet	298
Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 7 mei 2008 MSNLOCK – LJN-nummer BD1049 Merkenrecht, inbreuk, proceskosten	322
Voorzieningenrechter Haarlem 14 mei 2008 A-Group – LJN-nummer BD1446 Onrechtmatige uitlating, provideraansprakelijkheid, 6:196c lid 4 BW	333
Raad van State 14 mei 2008 Betfair – LJN-nummer BD1483 Kansspelen via internet, art. 49 EG-Verdrag, gelijkheidsbeginsel, transparantieplicht, éénvergunningstelsel	341
Voorzieningenrechter Amsterdam 27 mei 2008 Geen anonimisering Opta – LJN-nummer BD3014 Anonimisering, openbaarmaking, OPTA	358
Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008 Semi-openbaar karakter – LJN-nummer BD2977 Strafrecht, belediging, vrijheid van meningsuiting, art. 10 EVRM, art. 137c Sr., semi-openbaar karakter internetforum, weblog	365
College van Beroep voor het Bedrijfsleven 4 juni 2008 EnerQ – LJN-nummer BD2958 Bestuursrecht, elektronisch berichtenverkeer, vormvoorschrift, functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, origineel formulier, betrouwbaarheid art. 2:13 Awb.	372
HR 13 juni 2008 Ladbrokes – LJN-nummer BC8970 Europees economisch recht, kansspelen via internet, Wet op de Kansspelen, art. 49 EG, Gambelli-arrest	382
Voorzieningenrechter Amsterdam 19 juni 2008 Hollandse Hoogte – LJN-nummer BD4785 Portretrecht, privacy, redelijk belang, recht op openbaarmaking	476

Hof Amsterdam 20 juni 2008 Belediging Verdonk – LJN-nummer BD 7024 Strafrecht, belediging, discriminatie, vrijheid van meningsuiting, art. 137c Sr., art. 137d Sr, art. 10 EVRM, semi-openbaar karakter internetforum, bronvermel- ding of doorhaling geen afstand van tekst, weblog	481
Rechtbank 's-Gravenhage 25 juni 2008 ACI e.a. vs. Thuis kopie – LJN-nummer BD5690 Auteursrecht, privé kopie, thuis kopie vergoeding, heffing, art. 5 Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG), art. 16b Aw, art. 16c Aw	492
Rechtbank Arnhem 27 juni 2008 Nepmodels cout – LJN-nummer BD5618 Strafrecht, identiteitsfraude, MSN, kinderporno (art. 240b Sr.), aanranding (art. 246 Sr.), uitlokken van minderjarigen tot ontucht (art. 248a Sr.), dwang (art. 284 Sr.)	509
HR 1 juli 2008 Afbeeldingen van een seksuele gedraging – LJN-nummer BC8645 Kinderporno, art. 240b Sr., art. 261 Sv	534
Hof Amsterdam 3 juli 2008 Brein vs. Leaseweb – LJN-nummer BD6223 Auteursrecht, Bittorrent, notice-and-take-down, onmiskenbaar onrechtmatig, doorgeven NAW-gegevens, art. 6:196c lid 4 BW	548
Voorzieningen rechter 's-Hertogenbosch 4 juli 2008 De Stelling – Beschikbaar op www.internetrechtspraak.nl onder het kopje privacy. Privacy, Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet, art. 8 Wbp	558
Sector kanton Rb. Arnhem 4 juli 2008 Labyrinth – LJN-nummer BD6324 E-commerce, reisovereenkomst, art. 7:503 BW, art. 9 ANVR-reisvoorwaarden	563
Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2008 Online wiethandel – LJN-nummer BD7012 Strafrecht, art. 3b lid 1 Opiumwet, art. 10 lid 2 Opiumwet, online coffeeshop, openbaarmaking	569
Hof Amsterdam 21 juli 2008 Accountant – LJN-nummer BD9027 Strafrecht, art. 12 procedure, eer en goede naam, vrijheid van meningsuiting, art. 8 EVRM, art. 10 EVRM	582

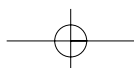
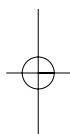
Rb. Assen 22 juli 2008 Ontbreken machtiging 54a Sr – LJN-nummer BD8452 en BD8451 Strafvordering, art. 54a Sr., positie internetprovider, vrijheid van meningsuiting	588
Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2008 KPN vs. A-team – LJN-nummer BE9086. Wanprestatie, toerekenbare tekortkoming, ADSL-aansluiting	592
Rechtbank Haarlem 24 juli 2008 Webcamgluurder – LJN-nummer BD8449 Stafrecht, art. 246 Sr., webcam, MSN	601
Hof Amsterdam 31 juli 2008 112 hb-kg – BD9055 Domeinnaam, misbruik van bevoegdheid, art. 3:13 BW	621
Rb. Utrecht 3 september 2008 Zandbergen – LJN-nummer BE9612 Domeinnaam, handelsnaam, ontvlechting, verwarring, art. 22 lid 13 Verordening (EG) 874/2004 (over .eu-domeinnamen), art. B 12 (a) Voorschriften ADR	627
Rb. Amsterdam 11 september 2008 Geen diefstal bandbreedte – LJN-nummer BF0824 Strafrecht, art. 310 Sr., diefstal, goed, dataverkeer, capaciteit van bandbreedte	638
Sector kanton rechtbank Haarlem 17 september 2008 Business class – LJN-nummer BF5730 E-commerce, algemene voorwaarden, totstandkoming overeenkomst	646
Sector kanton rechtbank 's-Hertogenbosch 2 oktober 2008 Foto's – LJN-nummer BF9979 Auteursrecht, foto's op website	651
Sector kanton rechtbank Haarlem 6 oktober 2008 Schuldeisersverzuim – LJN-nummer BG0902 E-commerce, schuldeisersverzuim	655
Voorzieningenrechter Amsterdam 9 oktober 2008 Gmail – LJN-nummer BF7448 Doorgeven identificerende gegevens, privacy, e-mail	658

Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008 C-298/07 Bundesverband der Verbraucherzentralen – van curia.eu.int. E-commerce, Article 5(1)(c) Directive 2000/31/EC, Electronic mail, effectieve communicatie	666
Rb. Leeuwarden 21 oktober 2008 RuneScape – LJN-nummer BG0939 Strafrecht, diefstal virtuele goederen, online computerspel, diefstal met geweld, art. 310 Sr, art. 312 Sr.	675
Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 11 november 2008 Waterschapsverkiezingen – LJN-nummer BG3907 Verkiezingen, stemmen via internet, stemcomputers, stemgeheim, buiten werking stellen van een algemeen verbindend voorschrift, terughoudendheid	685
Raad van State 3 december 2008 Email Wob – LJN-nummer BG5897 Bestuursrecht, elektronische weg, informatieverzoek Wet openbaarheid van bestuur, email	697
Voorzieningenrechter Utrecht 10 december 2008 Wikipedia – LJN-nummer BG6388 Onrechtmatige uiting, Wikipedia, tussenpersoon, moderator, zeggenschap, afgifte NAW-gegevens	702
HvJEG 16 december 2008 Markkinapörssi – C-73/07 Privacy, verwerking van persoonsgegevens, openbare gegevens, journalistieke doeleinden, art. 3, lid 1, van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, reikwijdte richtlijn 95/46/EG	708
Index	723
Systematisch register	???



Voorwoord

volgt



Vzr. Amsterdam 7 december 2005
Tiscali-KPN
geen LJN-nummer

Rectificatie, begrip homepage

Tiscali is veroordeeld om een rectificatie te plaatsen op haar website. De rechter bepaalde daarbij dat "deze tekst gelijkmatig moet worden verdeeld over een kader dat even groot is als éénesde gedeelte van die homepage." Tiscali vatte dit op als zichtbare deel van de homepage. Immers, naarmate het niet zichtbare deel groter is, zou daarmee de tekst van de rectificatie op het scherm ook meer ruimte innemen, en onder omstandigheden het hele scherm vullen. Tiscali geeft echter een uitleg aan het begrip homepage (namelijk homepage moet gelezen worden als zichtbare homepage) die een beperking van dit begrip inhoudt. Noch in het dictum van het vonnis van 17 november 2005 noch in de daaraan voorafgaande overwegingen is daarvoor een aanknopingspunt te vinden. Dit betekent dat wanneer Tiscali het oneens is met de wijze waarop de voorzieningenrechter de rectificatie heeft gelast, zij hoger beroep tegen het vonnis dient in te stellen.

RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM **VOORZIENINGENRECHTER IN KORT GEDING**

VONNIS

in de zaak met nummers 329896 / KG 05-2368 SR van:

de besloten vennootschap TISCALI B.V.,
gevestigd te Naarden,
eiseres bij concept-dagvaarding,
procureur mr. M.J. Heerma van Voss,

tegen

1. de naamloze vennootschap KONINKLIJKE KPN N.V.,
2. de besloten vennootschap KPN TELECOM B.V.,
beide gevestigd te Den Haag,
gedaagden,
procureur mr. R.E. van Schaik.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 7 december 2005 heeft eiseres, verder te noemen Tiscali, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Ter zitting heeft zij haar eis vermeerderd in die zin dat zij een sub-

sidiaire eis, conform de eveneens aan dit vonnis gehechte akte, heeft ingediend. Gedaagden, verder in enkelvoud KPN te noemen, hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

In verband met de spoedeisendheid van deze zaak is op 7 december 2005 mondeling vonnis gewezen. Het onderstaande vormt hiervan de nadere schriftelijke uitwerking die – zoals ter zitting is medegedeeld – op 15 december 2005 aan partijen zal worden uitgereikt.

Gronden van de beslissing

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a. Tussen partijen is eerder een kort geding aanhangig geweest, waarin KPN als eiseres en Tiscali als gedaagde is opgetreden. KPN heeft in dit geding onder meer – op basis van haar stellingen dat een door Tiscali gevoerde reclame-campagne strijdig was met de artikelen 6:194 en 6:194a BW – gevorderd dat Tiscali op de homepage www.tiscali.nl een rectificatie zou plaatsen in het letterttype en in de grootte identiek aan de op die website gedane en gewraakte mededeling.

b. Bij vonnis van 17 november 2005 heeft de voorzieningenrechter de onder a genoemde vordering toegewezen. In rechtsoverweging 13 van dit vonnis is hierover opgenomen:

“Verder zal de gevorderde rectificatie (eveneens op straffe van een dwangsom) alleen worden toegewezen in die zin dat Tiscali deze rectificatie, binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis en op nader aan te duiden wijze, moet plaatsen op haar website.”

In het dictum van het vonnis is onder 5 het volgende opgenomen:

“Veroordeelt Tiscali om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis op de homepage van haar website (www.tiscali.nl), gedurende een periode van vier weken, zonder begeleidend schrijven, een rectificatie te plaatsen met de volgende tekst:

RECTIFICATIE

Recentelijk hebben wij televisiecommercials uitgezonden waarin wij hebben meegedeeld dat bellen bij Tiscali altijd gratis is. Op vordering van KPN heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam dit bij vonnis van 17 november 2005 misleidend geacht.

Daarnaast hebben wij meegedeeld dat u (ongeveer) € 300,- bespaart bij een gecombineerd abonnement ADSL en bellen bij Tiscali. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat deze mededeling door ons niet voldoende met bewijsstukken kan worden gestaafd en vooralsnog misleidend moet worden geacht. Beide mededelingen zijn daarom onrechtmatig jegens KPN.

Tiscali B.V.

waarbij deze tekst gelijkmatig moet worden verdeeld over een kader dat even groot is als éénsdesde gedeelde van die homepage en op straffe van een dwang-

som van € 10.000,- per dag dat zij nalaat aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 200.000,-.”

- c. Het vonnis van 17 november 2005 is op 18 november 2005 aan Tiscali bekend.
- d. Op 22 november 2005 heeft de raadsman van Tiscali een voorstel gedaan aan de raadsman van KPN over de wijze van plaatsen van de rectificatietekst op de homepage van Tiscali. In dit voorstel is de rectificatietekst gelijkmatig verdeeld over een kader dat even groot is als éénzesde gedeelte van de zichtbare homepage. Eveneens op 22 november 2005 heeft Tiscali de rectificatie conform dit voorstel op haar homepage geplaatst.
- e. Bij e-mail van 23 november 2005 heeft de raadsman van KPN op het onder d genoemde voorstel gereageerd. In die e-mail is onder meer het volgende opgenomen:
“Het begrip ‘zichtbare homepage’ lees ik niet als zodanig in het vonnis. Cliënten kunnen zich niet verenigen met deze beperking in de uitleg van het vonnis. Indien uw cliënte evenwel van mening is dat de omvang van de rectificatie in overeenstemming is met het vonnis, komt deze mening uiteraard voor risico van uw cliënte.”
- f. Op 24 november 2005 heeft Tiscali onder protest het kader waarin de rectificatietekst is opgenomen vergroot tot éénzesde gedeelte van de gehele homepage.

2. Thans vordert Tiscali – kort gezegd – primair KPN te verbieden de dwangsommen zoals opgelegd in het vonnis van 17 november 2005 te executeren, mits en zolang Tiscali haar als eerste geplaatste rectificatietekst, gelijkmatig verdeeld over een kader ter grootte van éénzesde deel van de zichtbare homepage, plaatst (zoals afgebeeld in productie 4 van Tiscali), een en ander op straffe van dwangsommen. Subsidiair vordert Tiscali KPN te verbieden de dwangsommen zoals opgelegd in het vonnis van 17 november 2005 te executeren, mits en zolang Tiscali de rectificatietekst plaatst in een verticale kolom aan de rechterzijde van haar homepage (zoals afgebeeld in productie 8c van Tiscali), een en ander op straffe van dwangsommen.

3. Tiscali stelt hiertoe – samengevat weergegeven – dat de als eerste geplaatste rectificatietekst gelijkmatig was verdeeld over een kader dat even groot is als éénzesde gedeelte van de zichtbare homepage. Onder zichtbare homepage wordt verstaan dat deel van de homepage dat iedere bezoeker als eerste op zijn scherm te zien krijgt zonder naar beneden te ‘scrollen’. De tekst is bovenaan de homepage geplaatst, zodat iedere bezoeker die onmiddellijk ziet en voor het lezen van de tekst dus niet hoeft te scrollen. De homepage van Tiscali is bijna twee keer zo groot als de zichtbare homepage. Indien de rectificatietekst éénzesde van de homepage zou moeten beslaan, zoals KPN eist, dan neemt die tekst dus ook bijna twee keer zo veel ruimte in. Dit is in de ogen van Tiscali een onjuiste uitleg van het begrip homepage, zoals in het vonnis gehanteerd. Bovendien is de uitleg van KPN in strijd met doel en strekking van de veroordeling, met name nu Tiscali de

tekst op een duidelijk zichtbare plaats bovenaan haar website heeft geplaatst. Als onder het begrip homepage de gehele homepage had moeten worden verstaan, dan was wel in het vonnis opgenomen waar precies de rectificatietekst zou moeten staan, dit om te voorkomen dat die tekst onderaan (in eerste instantie onzichtbaar) zou worden geplaatst. Verder voert Tiscali nog aan dat de grootte van de volledige homepage afhankelijk is van de hoeveelheid 'content' en die is per dag anders. Dit zou betekenen dat de grootte van het rectificatiekader ook iedere dag zou moeten worden aangepast. Het begrip zichtbare homepage is daarentegen een vastomlijnd begrip. Omdat KPN vasthoudt aan haar uitleg en heeft aangekondigd dat Tiscali dwangsommen verbeurt indien die uitleg niet wordt gevolgd, heeft Tiscali onder protest het kader waarin de rectificatietekst is opgenomen vergroot. Tiscali lijdt hierdoor echter onevenredige schade, die er onder meer uit bestaat dat zij minder 'content' op de homepage kan opnemen (en dus ook minder reclame-inkomsten heeft). Nu deze schade doorloopt, heeft Tiscali een spoedeisend belang bij haar vorderingen. Voor het geval de primaire vordering wordt afgewezen, is het in het belang van Tiscali duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de door haar voorgestelde wijze van rectificeren in een verticale kolom aan de rechterzijde van haar homepage in overeenstemming is met de veroordeling in het vonnis van 17 november 2005. Dit belang vormt dan ook de grondslag voor de subsidiaire vordering.

4. KPN heeft tegen deze vorderingen – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat de tekst van het vonnis duidelijk is: de rectificatietekst moet gelijkmatig worden verdeeld over een kader dat even groot is als éénzesde deel van de homepage. In het vonnis zijn ten aanzien van dit onderdeel geen verdere beperkingen opgenomen. Het begrip homepage is in tegenstelling tot het begrip zichtbare homepage een vaststaand begrip. Het zichtbare gedeelte van een homepage is namelijk afhankelijk van het soort scherm en de instellingen van de computer. In de overwegingen en het dictum van het vonnis is niets opgenomen over de 'zichtbare' homepage en tijdens het eerdere kort geding heeft Tiscali ook niet het verweer gevoerd dat het begrip homepage op die manier moest worden beperkt. Wat Tiscali met dit executie kort geding wil bereiken is een kleiner kader voor haar rectificatietekst; dit kan niet door middel van dit geding; hiervoor moet zij hoger beroep instellen tegen het vonnis van 17 december 2005. Het bezwaar van KPN tegen de subsidiaire vordering is erin gelegen dat de rechterkolom van de homepage vna Tiscali normaliter wordt gebruikt voor advertenties. Bezoekers zullen dus hun oog minder snel laten vallen op dat gedeelte van de homepage.

Beoordeling van het beschil

5. In het kort geding dat heeft geleid tot het vonnis van 17 november 2005 heeft KPN gevorderd Tiscali te veroordelen tot het plaatsen van een rectificatietekst op de homepage van www.tiscali.nl. Het begrip homepage is in die procedure geen onderwerp van debat geweest. Tiscali heeft wel aangevoerd dat bij een eventuele veroordeling vermeden moet worden dat hieruit executiegeschillen voortkomen,

maar zij heeft hierbij niet aan de orde gesteld dat een eventuele rectificatie slechts op de zichtbare homepage zou moeten worden geplaatst.

6. In een geschil over executie van dwangsommen dient de rechter de veroordeling, waaraan de dwangsommen zijn verbonden, in beginsel naar de letter uit te leggen. Pas wanneer die uitleg geen duidelijkheid geeft, dienen maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden gehanteerd. Het gesloten systeem van rechtsmiddelen brengt in zijn algemeenheid mee dat wanneer men zich niet in de letterlijke interpretatie van een vonnis kan vinden, dit alleen in hoger beroep aan de orde kan worden gesteld.

7. Partijen zijn het eens over het begrip homepage. Dit is – kort gezegd – de eerste pagina van een website met algemene informatie over de exploitant van de website. De veroordeling is op zich dan ook duidelijk. De rectificatie moet geplaatst worden op éénzede gedeelte van de eerste pagina van Tiscali. Tiscali geeft echter een uitleg aan het begrip homepage (namelijk homepage moet gelezen worden als zichtbare homepage) die een beperking van dit begrip inhoudt. Noch in het dictum van het vonnis van 17 november 2005 noch in de daaraan voorafgaande overwegingen is daarvoor een aanknopingspunt te vinden. Dit betekent dat wanneer Tiscali het oneens is met de wijze waarop de voorzieningenrechter de rectificatie heeft gelast, zij hoger beroep tegen het vonnis dient in te stellen.

8. Met het voorstel van Tiscali zoals bedoeld in haar primaire vordering (productie 4), beoogt zij de rectificatietekst te plaatsen in een kader dat minder dan éénzede van de homepage beslaat. De primaire vordering kan daarom niet worden toegewezen. Met het voorstel van Tiscali zoals bedoeld in haar subsidiaire vordering (productie 8c) beoogt zij de rectificatietekst te plaatsen in een kader aan de rechterzijde dat even groot is als éénzede gedeelte van de homepage. Nu echter de tekst van de rectificatie in dit voorstel niet gelijkmatig is verdeeld over dat kader, kan ook de subsidiaire vordering niet worden toegewezen.

9. Tiscali zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit geding aan de zijde van KPN gevallen.

Beslissing in kort geding

De voorzieningenrechter:

1. Weigert de gevraagde voorziening.
2. Veroordeelt Tiscali in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van KPN begroot op:
 - € 244,- aan vastrecht en
 - € 816,- aan salaris procureur.
3. Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door de vice-president mr. Sj.A. Rullmann, voorzieningenrechter in kort geding in de rechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van woensdag 7 december 2005, in tegenwoordigheid van de griffier.

Vzr Amsterdam 9 maart 2006

Flickr

LJN-nummer - AV4204

Auteursrecht, creative commons licentie, privacy

Het weekblad Weekend plaatst foto's van de site Flickr in haar blad. Indien derden deze foto's willen gebruiken is een Creative commons licentie van toepassing, die onder andere bepalen dat in dit geval toestemming van de auteursrechthebbende is vereist.. Dat Audax door de mededeling 'This photo is public' op het verkeerde been is gezet (en daardoor geen kennis heeft genomen van de inhoud van de Licentie), is niet onbegrijpelijk, maar er mag van haar als professionele partij worden verwacht dat zij een goed en nauwkeurig onderzoek verricht alvorens zij foto's die afkomstig zijn van het internet afdruckt in het blad Weekend.

Een van de licentievoorwaarden bepaalt – kort gezegd – dat de gebruiker het werk niet voor commerciële doeleinden mag gebruiken. De commerciële waarde van de vier foto's is echter gering te achten, nu zij reeds op internet voor eenieder toegankelijk zijn.

Het privacybelang van eisers speelt hier geen rol nu de foto's al op het internet openbaar zijn gemaakt en eisers veelvuldig in de publiciteit treden (traden) en het 'neutrale' foto's betreft.

RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM VOORZIE- NINGENRECHTER IN KORT GEDING

VONNIS 9 maart 2006

in de zaak met nummers 334492 / KG 06-176 SR van:

1. [eiser1],
 2. [eiser2],
 3. [eiser3],
- allen wonende te [woonplaats],
eisers bij concept-dagvaarding,
procureur mr. P. Bavelaar,
advocaten mrs. J.B.C.W. van Dijk en G.G.A.J.M. van Poppel te Utrecht,

tegen

1. de besloten vennootschap AUDAX PUBLISHING B.V., gevestigd te Amsterdam,
 2. [gedaagde2],
 3. [gedaagde3],
- gedaagden, vrijwillig verschenen,
procureur mr. K. Gilhuis.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 28 februari 2006 hebben eisers, verder ook afzonderlijk te noemen [eiser1], [eiser2] en [eiser3], gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte concept-dagvaarding. Gedaagden, verder ook te noemen Audax of Weekend, [gedaagde2] en [gedaagde3], hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Gronden van de beslissing

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

- a. Audax geeft het weekblad Weekend uit. [gedaagde2] en [gedaagde3] zijn de hoofdredacteurs van dit blad. In Weekend nummer 3 van 2006 (verschenen op 18 januari 2006) is op de pagina's 8 tot en met 11 een reportage verschenen over eisers. Op pagina 4 van het betreffende nummer is de reportage aangekondigd met "Het treurige leven van [eiser2] en [eiser1]".
- b. De kop op de pagina's 8 en 9 luidt: "Zo leven [eiser2] en [eiser1] voor de buitenwereld". Op deze pagina's zijn vier foto's geplaatst die door [eiser1] zijn gemaakt en waarop eisers te zien zijn. Bij deze foto's is vermeld: Foto's: © [eiser1]. De vier foto's zijn afkomstig van www.flickr.com. De foto's zijn door [eiser1] op deze website geplaatst.
- c. De kop op pagina 10 luidt: "...Maar zo is het dagelijks bestaan!". Op deze pagina zijn twee foto's van [eiser2] afgedrukt waarop te zien is dat zij boodschappen doet.
- d. Op pagina 11 is onder de kop "Gescheiden levens? [eiser1] woont in Amerika en [eiser2] is steeds vaker alleen" een artikel over eisers geplaatst. Op deze pagina staat eveneens een foto van hun woning. Onder de subtitel Mislukking is de volgende tekst geplaatst:
"[eiser3] (15) is ook al helemaal thuis in haar nieuwe land. Elke ochtend wordt ze met de taxi opgehaald om naar haar school, even buiten [woonplaats], te worden gebracht. Ze zit op de [woonplaats] County School, die gespecialiseerd is in muziekopleidingen. (...)
Naar verluidt hebben de [eisers]'s niet de beste herinneringen aan hun verblijf in Nederland. [eiser2] heeft zelfs meerdere malen verklaard dat ze haar hartklachten te danken heeft aan de constante stroom negatieve publiciteit rond

haar gezin. [eiser2] was ondermeer het middelpunt van een diva-oorlog met [C. B.] en [P. B.], haar cosmeticamerk [La P.] bleek niet het succes te worden waarop ze gehoopt had en stierf een stille dood, en ook [eiser1] leek de ene zakelijke mislukking na de andere te moeten trotseren. Er werd beslag gelegd op een deel van zijn bezittingen en diverse voormalige zakenpartners deden hun verhaal in de kranten. En dan was er ook nog een fikse claim van de belastingdienst die als een donderslag bij heldere hemel leek te komen.”

- e. Bij brief van 20 januari 2006 van de raadsman van eisers is Audax – kort gezegd – verzocht c.q. gesommeerd de verkoop van Weekend nummer 3 van 2006 te staken, zich blijvend te onthouden van het afbeelden van de portretten van eisers, een rectificatie te plaatsen en € 10.000,- als voorschot op de schadevergoeding te betalen.
- f. In nummer 4 van 2006 van Weekend, verschenen op 25 januari 2006, is op pagina 4 de volgende tekst geplaatst:
Mededeling betreffende familie [eisers]
In het vorige nummer van Weekend hebben wij aandacht besteed aan [eiser1], [eiser2] en hun dochter [eiser3]. [eiser1] heeft ons via zijn advocaat laten weten dat zijn privacy en die van zijn gezin ernstig zijn aangetast door onze publicatie. Bij deze publicatie plaatsten wij foto's afkomstig van een virtueel fotoalbum op het internet. Wij hadden toestemming dienen te vragen voor publicatie van deze foto's. Wij betreuren het dat wij dat niet gedaan hebben en bieden de familie [eisers] daarvoor onze excuses aan.
Redactie Weekend

2. Thans vorderen eisers – kort gezegd – het volgende:

- i. gedaagden op straffe van dwangsommen ieder gebruik, iedere verveelvoudiging en/of iedere openbaarmaking van werken en/of portretten van eisers zonder voorafgaande toestemming te verbieden, tenzij dit gebruik in overeenstemming is met de zogenaamde Creative Commons Public License Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 (hierna: de Licentie);
- ii. Audax op straffe van dwangsommen te veroordelen tot het doen van opgave van alle producenten, agenten en afnemers van Weekend nummer 3 van 2006 én van het aantal verkochte exemplaren;
- iii. Audax op straffe van dwangsommen te veroordelen tot het versturen van een brief, waarvan de tekst is opgenomen onder iii van het petitum van de aan dit vonnis gehechte dagvaarding naar alle hiervoor onder ii bedoelde afnemers met – onder meer – het verzoek de nog bij hen in bezit zijnde exemplaren van Weekend nummer 3 van 2006 aan Audax te retourneren;
- iv. gedaagden op straffe van dwangsommen te veroordelen tot het plaatsen van een rectificatie in Weekend, ter grootte van twee pagina's, met de volgende tekst:
“In Weekend van 18 januari 2006 stonden op pagina 8 en 9 vier foto's van [eiser1], [eiser2] en [eiser3]. De publicatie van deze foto's maakt inbreuk op de auteursrechten van [eiser1] en de portretrechten van [eiser1], [eiser2] en [eiser3]. De publicatie op pagina 10 van twee foto's van [eiser2] maakt

inbreuk op haar portretrechten. De publicatie op pagina 11 over onder anderen [eiser3] is onrechtmatig jegens haar. De voorzieningenrechter van de Rechtbank te Amsterdam heeft dit bij vonnis van [datum vonnis] geoordeeld. Hoofdreductie Weekend.”

- v. gedaagden te veroordelen tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding van € 10.000,-;
- vi. gedaagden te veroordelen tot betaling van een voorschot op de winstafdracht van € 10.000,-;
- vii. die voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie vermeent te behoren;
- viii. de termijn als bedoeld in artikel 260 Rv te bepalen op zes maanden;
- ix. gedaagden te veroordelen in de kosten van dit geding.

3. Eisers stellen hiertoe – samengevat weergegeven – dat [eiser1] de auteursrechten heeft op de vier van www.flickr.com afkomstige foto's. Weekend heeft dit, door gebruik van het ©-symbool, ook erkend. Door tevens de tekst Foto's: © [eiser1] te plaatsen, wordt overigens de suggestie gewekt dat [eiser1] toestemming voor het plaatsen van de foto's heeft gegeven, hetgeen uitdrukkelijk wordt ontkend. De foto's worden immers op de website beschikbaar gesteld onder de voorwaarden die zijn opgenomen in de Licentie. Dit is voor iedere bezoeker van de website kenbaar, omdat bij de foto's de tekst 'some rights reserved' is opgenomen. Bij het aanklikken van het symbool bij die tekst wordt men doorgelinkt naar de verkorte tekst van de Licentie. Vervolgens kan men doorklikken naar de volledige tekst van de Licentie. Dat de voorwaarden van de Licentie van toepassing zijn, blijkt uit de aanhef ervan, waarin is opgenomen:

“By exercising any rights to the work provided here, you accept and agree to be bound by the terms of this license.”

Gedaagden hebben niet voldaan aan de vereisten die de Licentie stelt aan het gebruik van de foto's. Artikel 4 sub c van de Licentie bepaalt dat het gebruik geen commercieel voordeel mag opleveren, dit terwijl Weekend een uitgesproken commercieel tijdschrift is. Artikel 4 sub a van de Licentie bepaalt – kort gezegd – dat bij distributie en publieke tentoonstelling van een werk een kopie van de Licentie moet worden verstrekt. Weekend heeft aan deze voorwaarde niet voldaan omdat iedere verwijzing naar de Licentie ontbreekt. Door schending van de voorwaarden is sprake van wanprestatie aan de zijde van gedaagden. Dit is ook erkend door gedaagden door de mededeling in Weekend nummer 4 van 2006 (zie 1f). Daarbij is nog van belang dat gedaagden, als professionele marktpartij, een grotere zorgplicht hebben. Zij hadden vóór publicatie contact op moeten nemen met [eiser1]. Dat bij de foto's tevens de tekst This photo is public is te zien, doet niet af aan het standpunt van eisers. Dit betekent slechts dat de foto's door iedereen kunnen worden bekeken. Het geeft geen recht de foto's te verveelvoudigen of elders te publiceren. Vervolgens doen eisers een beroep op hun portretrecht. Het betreft hier door [eiser1] in opdracht gemaakte portretten. Op grond van artikel 20 van de

Auteurswet (Aw) is dan voor publicatie toestemming nodig van elk van de geportretteerden en die toestemming is niet verleend. Artikel 20 Aw prevaleert in dit geval boven artikel 21 Aw (dat een redelijk belang vereist om zich tegen openbaarmaking te verzetten).

Tot slot stellen eisers dat sprake is van een onrechtmatige daad jegens [eiser3]. Het vetgedrukte woord mislukking in het artikel wordt direct gevolgd door de vetgedrukte naam [eiser3]. Hierdoor wordt ten aanzien van [eiser3] de suggestie van mislukking gewekt, hetgeen diskwalificerend en grievend is. Van belang hierbij is dat [eiser3] een minderjarig kind is en geen 'public figure'. Ten tweede is de publicatie ten aanzien van [eiser3] onrechtmatig omdat er, nu bekend is gemaakt op welke school zij zit en hoe zij naar school wordt gebracht, een vergrote kans op ontvoering bestaat. Dit heeft voor veel spanningen bij eisers gezorgd. Eisers hebben een spoedeisend belang bij hun vorderingen. Zij lijden schade, onder meer omdat het betreffende nummer van Weekend nog steeds in leesmappen circuleert. Nu [eiser1] zijn naam als merk heeft gedeponeerd, leidt dit tot een afname van de waarde van dit merk. Ook vormt de publicatie een inbreuk op (overige) commerciële exploitatiemogelijkheden van de auteurs- en portretrechten van [eiser1] en [eiser2]. Zo zal het moeilijker worden sponsors te krijgen voor de weblog van [eiser1]. Daarnaast willen eisers op geen enkele wijze worden geassocieerd met Weekend. De rectificatie in Weekend nummer 4 van 2006 is gezien lay-out, plaatsing en inhoud niet toereikend om die schade weg te nemen.

4. Gedaagden hebben – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat eisers al jarenlang actief de publiciteit zoeken. Vanaf eind 2002 tot begin 2004 zijn zij wekelijks met veel aandacht voor privé-zaken op televisie te zien geweest in de 'real-life-soap' De [eisers] Family. Dit gold met name ook voor [eiser3], toen 12 jaar oud. Thans kan iedereen op de website www.flickr.com nog steeds honderden privé foto's van eisers bekijken. Ook via zijn weblog en podlog maakt [eiser1] regelmatig details over het privé-leven van eisers openbaar.

De vier gewraakte foto's zijn volledig te goeder trouw in Weekend gepubliceerd. Door de vermelding This photo is public verkeerde Weekend in de veronderstelling dat zij de foto's mocht publiceren, met daarbij de vermelding dat de auteursrechten bij [eiser1] berusten. De link naar de Licentie is niet op een voor de hand liggende wijze te vinden. Audax was zich pas van de Licentie bewust nadat zij hierop door de raadsman van eisers werd gewezen. Audax kan derhalve geen verwijt worden gemaakt van het schenden van de in de Licentie opgenomen voorwaarden. Omdat Audax het desalniettemin vervelend vond dat eisers zo ontstemd waren over publicatie van de vier foto's, heeft zij hierover in de eerstvolgende editie van Weekend een mededeling geplaatst. Tevens heeft zij eisers onverplicht een vergoeding van € 1.500,- aangeboden. Dit is een hoog bedrag; de waarde van de foto's is immers nihil, aangezien iedereen de foto's op internet kan bekijken. Als in dit geval de voorwaarden zoals opgenomen in de Licentie wèl van toepassing zouden zijn, dan geldt dat [eiser1] geen enkel nadelig gevolg heeft ondervonden van het niet vermelden van de Licentievoorwaarden. Wèl is immers vermeld dat het auteursrecht op de foto's bij [eiser1] berust. Ook artikel 4 sub c van de Licentie is niet geschonden. Het primaire doel van Weekend om de foto's te publi-

ceren is niet het genereren van winst, maar het informeren van haar lezers. Die uitingsvrijheid komt Audax toe. De betreffende voorwaarde lijkt bedoeld voor het tegengaan van merchandising (bijvoorbeeld het maken van ansichtkaarten) en niet om het plaatsen van foto's ter illustratie van nieuwsberichten tegen te gaan.

Het beroep van eisers op hun portretrecht kan evenmin worden gehonoreerd. Het portretrecht geeft geen absoluut verbodsrecht. In het kader van artikel 21 Aw dient een afweging te worden gemaakt tussen het recht op privacy enerzijds en de uitingsvrijheid anderzijds. Nu eisers de vier foto's zelf in het publieke domein hebben gebracht, valt niet in te zien hoe hun privacy geschonden zou kunnen zijn. Om dezelfde reden kan er geen sprake zijn van gemiste verzilverbare populariteit. De belangenafweging dient dan ook in het voordeel van gedaagden uit te vallen. De inhoud van het artikel is niet onrechtmatig. De subkop Mislukking heeft in het geheel geen betrekking op [eiser3], zoals blijkt bij verdere lezing van het artikel, maar op enkele zakelijke mislukkingen van [eiser1] en [eiser2]. Het noemen van de naam van de school en de vermelding dat [eiser3] met een taxi naar die school wordt gebracht, is evenmin onrechtmatig. Van belang hierbij is dat [eiser1] en [eiser2] hun dochter in het geheel niet uit de publiciteit houden: zo heeft zij onlangs nog geposeerd in het tijdschrift Beau Monde van januari 2006 en was zij destijds regelmatig in de 'real-life-soap' te zien. [eiser3] is verder op een groot aantal foto's te zien op www.flickr.com en ook op de weblog van [eiser1] worden mededelingen over haar gedaan. Dat [eiser3] naar de [woonplaats] County School gaat is van belang te vermelden omdat dit een van de meest prestigieuze muziekopleidingen van Engeland is. Niet valt in te zien dat dit een onrechtmatige schending van de privacy zou opleveren. Hetzelfde geldt voor de vermelding dat [eiser3] per taxi naar deze school gaat. Dit betreft een feitelijke en onschuldige mededeling.

Verder voeren gedaagden nog het verweer dat een zogenaamde recall van nummer 3 van Weekend een te vergaande maatregel is, die ook praktisch niet (meer) uitvoerbaar is. Audax is niet verantwoordelijk voor de leesmappen. Audax zegt vrijwillig toe de vier van www.flickr.com afkomstige foto's niet nog eens te publiceren. Ook de vordering opgave te doen van alle gegevens van alle afnemers is te verstrekkend, zeker om bij wijze van voorlopige voorziening te kunnen worden toegewezen. Dit geldt eveneens voor de vorderingen zoals hiervoor onder 2 iii en iv verwoord, te meer nu Weekend in nummer 4 van 2006 al een mededeling heeft geplaatst, die in grote lijnen hetzelfde is als de gevorderde rectificatie. Een rectificatie over twee volledige pagina's is bovendien buitenproportioneel. De gevorderde voorschotten op de schadevergoeding en winstafdracht zijn niet onderbouwd. Ook hebben eisers geen spoedeisend belang bij toewijzing van deze vorderingen. Er kan geen sprake zijn van immateriële schade omdat de betreffende foto's nog immer op internet te zien zijn. Op grond van de gebruikelijke tarieven van de Fotografenfederatie zou voor de vier foto's minder dan € 1.000,- betaald moeten worden, aldus gedaagden.

Beoordeling van het geschil

5. De vier van www.flickr.com afkomstige foto's zijn door [eiser1] gemaakt en door hem op die website geplaatst. Uitgangspunt is dat het auteursrecht op de vier foto's bij hem berust en dat de foto's, door plaatsing op die website, onder de werking van de Licentie vallen. Audax dient zich dan ook te houden aan de voorwaarden die in de Licentie worden gesteld aan het gebruik door derden van die foto's. Dat Audax door de mededeling 'This photo is public' op het verkeerde been is gezet (en daardoor geen kennis heeft genomen van de inhoud van de Licentie), is niet onbegrijpelijk, maar er mag van haar als professionele partij worden verwacht dat zij een goed en nauwkeurig onderzoek verricht alvorens zij foto's die afkomstig zijn van het internet afdruckt in het blad Weekend. Indien zij een dergelijk onderzoek had verricht, was zij door middel van het aanklikken van het symbool bij de mededeling 'some rights reserved' gestuit op (de verkorte versie van) de Licentie. Bij twijfel over de toepasselijkheid en de inhoud van de Licentie had zij de rechthebbende op de foto's (in dit geval [eiser1]) toestemming voor publicatie moeten vragen. Audax heeft nagelaten een dergelijk nauwkeurig onderzoek te verrichten en zij heeft te gemakkelijk verondersteld dat het publiceren van de foto's wel in orde zou zijn. Audax heeft de voorwaarden als opgenomen in de Licentie niet in acht genomen (waarover hierna onder 6 meer). De vordering zoals hiervoor weergegeven onder 2 i is dan ook toewijsbaar, in die zin dat het gedaagden verboden zal worden alle foto's die door [eiser1] op www.flickr.com zijn geplaatst te publiceren, tenzij dit geschiedt in overeenstemming met de voorwaarden van de Licentie. De aan deze veroordeling te verbinden dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden. De toezegging van gedaagden de foto's niet nogmaals te publiceren, staat niet aan toewijzing van deze vordering in de weg. De toezegging is immers pas ter zitting gedaan en beperkt zich tot de vier reeds gepubliceerde foto's.

6. Vervolgens komt aan de orde wat in dit geval de schade is van het niet in acht nemen van de in de Licentie opgenomen voorwaarden en hoe eventuele schade beperkt kan worden. Blijkens de stellingen van eisers zijn twee van die voorwaarden, opgenomen in de artikelen 4 sub a en 4 sub c, geschonden. Artikel 4 sub a van de Licentie bepaalt – kort gezegd – dat bij gebruik van het werk in de vorm van (onder meer) distributie en publieke tentoonstelling een kopie van de Licentie ingesloten dan wel verstrekt moet worden. Eisers hebben terecht gesteld dat in het betreffende nummer van Weekend iedere verwijzing naar de Licentie ontbreekt. Nu echter bij de foto's wel is vermeld: Foto's: © [eiser1] en nu Audax in Weekend nummer 4 van 2006 de onder 1f geciteerde mededeling heeft geplaatst, is [eiser1] er voorshands onvoldoende in geslaagd om aannemelijk te maken wat (nu nog) de schade is van het niet in acht nemen van deze voorwaarde. Hetzelfde geldt voor de voorwaarde zoals opgenomen in artikel 4 sub c van de Licentie. Deze voorwaarde bepaalt – kort gezegd – dat de gebruiker het werk niet voor commerciële doeleinden mag gebruiken. Voorshands heeft Audax ook deze voorwaarde geschonden, nu het uitgeven van een entertainmentblad als Weekend in de eerste

plaats als een commerciële activiteit kan worden aangemerkt. De commerciële waarde van de vier foto's is echter gering te achten, nu zij reeds op internet voor eenieder toegankelijk zijn. Vooralsnog is niet aannemelijk geworden dat de materiële schade die [eiser1] door het publiceren van de foto's heeft geleden nog niet voldoende is weggenomen door het plaatsen van de onder 1f geciteerde mededeling en door het aanbod een vergoeding van € 1.500,- te betalen. Dat de foto's een hogere (commerciële) waarde zouden hebben dan dit bedrag, is op geen enkele wijze gebleken. Dat de commerciële exploitatie-mogelijkheden van auteursrechten, portretrechten en/of merkrechten van [eiser1] en [eiser2] door de publicatie van reeds eerder openbaar gemaakte foto's zijn aangetast is evenmin aannemelijk geworden. Verder hebben eisers wel gesteld dat in dit geval sprake is van immateriële schade, reputatieschade of schade die eruit bestaat dat zij niet met Weekend geassocieerd willen worden, maar ook deze stelling is onvoldoende onderbouwd. In dit verband is de onder 1f geciteerde mededeling eveneens van belang. De conclusie tot zover is dat het schenden van de Licentie door gedaagden geen schade (meer) oplevert. Het schenden van de Licentie kan derhalve geen grondslag vormen voor het toewijzen van schadevergoeding of van andere schadebeperkende voorzieningen als een 'recall' (die overigens praktisch niet meer uitvoerbaar is) of een rectificatie.

7. Eisers hebben verder ten aanzien van de vier van www.flickr.com afkomstige foto's een beroep gedaan op hun portretrechten. In dit kader is allereerst van belang dat voorshands niet is gebleken dat de portretten zijn gemaakt in opdracht als bedoeld in artikel 20 Aw, nu hieronder dient te worden verstaan op bestelling gemaakte portretten. Van een opdracht in de zin van genoemd artikel is geen sprake indien de geportretteerde enkel geen bezwaar maakt tegen het maken van het portret of zelfs indien hij daarmee uitdrukkelijk instemt. Voorshands wordt op basis van de betreffende foto's geoordeeld dat het hier om door [eiser1] gemaakte familiefoto's (kiekjes) gaat en niet om door hem in opdracht, op bestelling gemaakte portretten. Het beroep van eisers op hun portretrechten dient derhalve te worden beoordeeld aan de hand van artikel 21 Aw. In dit artikel is – kort gezegd – bepaald dat openbaarmaking van een portret niet geoorloofd is voor zover een redelijk belang van de geportretteerde zich tegen die openbaarmaking verzet. Dit belang dient te worden afgewogen tegen de belangen van gedaagden. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor onder 6 is overwogen is evenmin gebleken van een aantasting van de verzilverbare populariteit van eisers. Onder deze omstandigheden dient het belang van gedaagden bij hun uitingsvrijheid te prevaleren. Dit betekent dat de overige vorderingen evenmin op basis van de portretrechten van eisers kunnen worden toegewezen.

8. Als laatste grondslag voor hun vorderingen hebben eisers gesteld dat de tekst van het artikel onrechtmatig is jegens [eiser3]. Vooropgesteld wordt dat voor zover eisers op deze grond een rectificatie vorderen dit slechts mogelijk is op grond van artikel 6:167 BW en wel “ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard”. Daarvan is in dit geval

geen sprake. Gesteld noch gebleken is dat [eiser3] niet op de [woonplaats] County School zit en/of niet per taxi naar die school vervoerd wordt. Ook op andere gronden kan deze passage niet als onrechtmatig worden aangemerkt. In zijn algemeenheid moet weliswaar het geven van informatie over een minderjarig kind van ouders, die in de belangstelling staan van de entertainment-bladen, vermeden worden, maar in dit geding is onvoldoende aannemelijk geworden dat de gewraakte passage over [eiser3] de kans op haar ontvoering doet toenemen. Van belang hierbij is dat [eiser3] door haar ouders in het geheel niet uit de publiciteit wordt gehouden (zo is zij onlangs nog te zien geweest in het tijdschrift Beau Monde) en haar beeltenis en veel gegevens over haar leven al openbaar zijn. De subkop Mislukking slaat overduidelijk niet op [eiser3], maar op de zakelijke mislukkingen van haar ouders, en dit is voor iedere lezer kenbaar. Derhalve kan ook dit onderdeel van het artikel niet als grievend, laat staan als onnodig grievend, jegens haar worden aangemerkt. De overige vorderingen kunnen derhalve evenmin op basis van de door eisers gestelde onrechtmatigheid van de tekst van het artikel worden toegewezen.

9. Nu partijen over en weer in het (on)gelijk worden gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd als na te melden.

Beslissing in kort geding

De voorzieningenrechter:

1. Verbiedt gedaagden na betekening van dit vonnis ieder gebruik, iedere veelvoudiging en/of iedere openbaarmaking van de werken van [eiser1], die zijn geplaatst op de website www.flickr.com, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming te staken en gestaakt te houden, tenzij dit gebruik, deze veelvoudiging en/of deze openbaarmaking in overeenstemming is met het bepaalde in de voorwaarden waaronder de werken door [eiser1] op die website ter beschikking worden gesteld als vermeld in de Creative Commons Public License Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 en/of is toegestaan op basis van wettelijke bepalingen, een en ander op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per overtreding van dit verbod met een maximum van € 20.000,-.
2. Compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.
3. Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door de vice-president mr. Sj.A. Rullmann, voorzieningenrechter in kort geding in de rechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 9 maart 2006, in tegenwoordigheid van de griffier.

Rechtbank Maastricht 27 maart 2006
Stufi per e-mail
LJN-nummer AW6886

Elektronische handtekening, wet elektronisch bestuurlijk verkeer

Student maakt bezwaar tegen een te lage studiebeurs, te weten voor thuiswonenden terwijl hij uitwonend is. Dit blijkt ook uit het GBA. Het bezwaarschrift is ingediend per e-mail.

De door eiseres verzonden e-mail is verstuurd via hotmail. Aan de hiervoor geschetste vereisten die aan een elektronische handtekening worden gesteld, is mitsdien niet voldaan. Ter zitting is namens verweester gesteld dat zij in afwijking van de wet het beleid hanteert om in deze vorm ingediende elektronische berichten desondanks aan te merken als bezwaarschrift. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweester dit beleid niet, onder het veronachtzamen van de toepasselijke wettelijke bepalingen, mogen hanteren.

In ABRvS 17 december 2003, LJN AO0340 is uitgemaakt dat geen wettelijk voorschrift zich verzet tegen het indienen van bezwaarschriften per elektronische post. De uitspraak dateert echter van vóór inwerkingtreding van de hiervoor genoemde bepalingen in afdeling 2.3 van de Awb. Deze uitspraak kan derhalve niet dienen ter ondersteuning van verweersters standpunt, dat terecht wordt afgeweken van de wettelijke bepalingen.

RECHTBANK MAASTRICHT

enkelvoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken

UITSPRAAK

Procedurenr.: 05 / 860 WSFBSF K1

Inzake:

[eiseres], wonende te [woonplaats], eiseres,

tegen

de hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, gevestigd te Groningen, verweester.

Datum en aanduiding van het bestreden besluit:

de brief d.d. 8 juni 2005,

kenmerk: JTK040/000627976.

Datum van behandeling ter zitting: 14 februari 2006.

I. Procesverloop

Bij het in de aanhef van deze uitspraak genoemde besluit heeft verweerster het bezwaar van eiser tegen een primair besluit van verweerster inzake de toepassing van de Wet op de Studiefinanciering 2000 (Wsf 2000) ongegrond verklaard. Tegen dat besluit heeft eiser bij deze rechtbank beroep ingesteld.

De door verweerster ter uitvoering van artikel 8:42 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingezonden stukken en het verweerschrift zijn in afschrift aan de eisende partij gezonden.

Het beroep is behandeld ter zitting van de rechtbank op 14 februari 2006, waar eiseres in persoon is verschenen en waar verweerster zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. P.E. Merema.

II. Overwegingen

Bij primair besluit van 5 maart 2005 heeft verweerster aan eiseres bericht dat haar studiefinanciering per 1 maart 2005 wordt verhoogd naar de norm van een uitwonende studerende, omdat zij op 2 maart 2005 had doorgegeven uitwonend te zijn.

Eiseres heeft bij schrijven van 19 april 2005 een bezwaarschrift bij verweerster ingediend. Hierin is aangevoerd dat zij in de periode van 1 januari 2005 tot 1 maart 2005 ook uitwonend was. Ter onderbouwing hiervan heeft eiseres diverse bescheiden overgelegd.

Bij brief van 27 mei 2005 deelt verweerster aan eiseres mede dat haar bezwaarschrift te laat is ingediend en stelt zij eiseres in de gelegenheid om te motiveren waarom de termijn is overschreden.

Eiseres reageert hierop bij schrijven van 3 juni 2005. Hierin geeft zij aan dat zij in eerste instantie telefonisch en via e-mail heeft gereageerd op het primaire besluit, en dat zij pas later schriftelijk heeft gereageerd. De te late schriftelijke indiening is veroorzaakt door het feit dat zij het te druk had met haar schoolwerkzaamheden. Bij dit schrijven voegt eiseres kopieën van twee e-mails, gedateerd 4 maart 2005 en 13 maart 2005. In deze laatste e-mail is vermeld:

“In de maand december 2004 heb ik schriftelijk een wijzigingsformulier ingevuld, dat ik per 1 januari 2005 uitwonend zou zijn. Ik heb me ook bij de gemeente Maastricht ingeschreven (per 1 januari 2005). Ik kijk mijn bankrekening afschriften niet zo vaak na, dus toen ik mijn studiefinanciering op 25 februari ontving, was ik verbaasd over het lage bedrag. Bij navraag vandaag bleek dat er helemaal niets ontvangen was bij de IB-groep over mijn nieuwe (uitwonende!!!) woonsituatie, en ik heb dus in 2 maanden 400 euro (in totaal) minder ontvangen. Dit verlies brengt me in grote problemen ivm betaling college gelds... Is er iets, maar dan ook iets dat ik dat geld met terugwerkende kracht kan terugkrijgen? Er is bewijs genoeg bij andere instanties (behalve de IB-Groep) dat ik ook daadwerkelijk vanaf 1 januari uitwonend ben. Kunt u mij hier alstublieft mee helpen? (...)”

In het bestreden besluit vermeldt verweerster dat zij het bezwaarschrift, gezien de e-mail van eiseres van 13 maart 2005, tijdig ingediend acht. Verweerster verklaart het bezwaarschrift vervolgens ongegrond, nu zij in haar administratie slechts een aanvraag om een uitwonendenbeurs heeft aangetroffen van 2 maart 2005, en geen van een eerdere datum.

De rechtbank dient op basis van de aangevoerde beroepsgronden te beoordelen of het bestreden besluit in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht dan wel met enig algemeen rechtsbeginsel.

De eerste kwestie die aan de orde komt, is de ambtshalve door de rechtbank te beoordelen vraag of verweerster het door eiseres ingediende bezwaar terecht onvankelijk heeft geacht. De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.

Gemachtigde van verweerster heeft ter zitting desgevraagd aangegeven dat verweerster de door eiseres op 13 maart 2005 verzonden e-mail – achteraf – heeft aangemerkt als bezwaarschrift. Ingevolge artikel 2:13 van de Awb kunnen berichten tussen burgers en bestuursorganen elektronisch worden verzonden, mits de bepalingen van de afdeling 2.3 van de Awb in acht worden genomen.

In artikel 6:5 van de Awb is (onder meer) bepaald dat een bezwaarschrift dient te worden ondertekend. Het in afdeling 2.3 van die wet opgenomen artikel 2:15 luidt als volgt:

“Aan het vereiste van ondertekening is voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. De artikelen 15a, tweede tot en met zesde lid, en 15b van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet. Bij wettelijk voorschrift kunnen aanvullende eisen worden gesteld.”

In artikel 15a, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt een elektronische handtekening omschreven als “een handtekening die bestaat uit elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie”.

De door eiseres verzonden e-mail is verstuurd via hotmail. Aan de hiervoor geschetste vereisten die aan een elektronische handtekening worden gesteld, is mitsdien niet voldaan. Ter zitting is namens verweerster gesteld dat zij in afwijking van de wet het beleid hanteert om in deze vorm ingediende elektronische berichten desondanks aan te merken als bezwaarschrift. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerster dit beleid niet, onder het veronachtzamen van de toepasselijke wettelijke bepalingen, mogen hanteren. Ter zitting heeft gemachtigde van verweerster aangevoerd dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een dergelijke handelwijze toegestaan heeft geoordeeld. In de uitspraak waar verweerster kennelijk op doelt (ABRvS 17 december 2003, LJN AO0340) is uitgemaakt dat geen wettelijk voorschrift zich verzet tegen het indienen van bezwaarschriften per elektronische post. De uitspraak dateert echter van vóór

inwerkingtreding van de hiervoor genoemde bepalingen in afdeling 2.3 van de Awb, waarin zoals aangegeven nadere eisen zijn gesteld aan elektronisch verkeer tussen bestuursorganen en burgers, waaronder dus het vereiste van een elektronische handtekening. Deze uitspraak kan derhalve niet dienen ter ondersteuning van verweersters standpunt, dat terecht wordt afgeweken van de wettelijke bepalingen. De omstandigheid voorts dat verweester thans (nog) niet beschikt over de voor het lezen (en verstrekken) van elektronische handtekeningen noodzakelijke infrastructuur, kan evenmin leiden tot een rechtvaardiging van het afwijken van de wettelijke bepalingen. Alvorens over te gaan tot het accepteren van elektronisch ingediende bezwaarschriften, dient verweester er naar het oordeel van de rechtbank voor zorg te dragen dat zij beschikt over de voorzieningen die noodzakelijk zijn om te kunnen voldoen aan de door de wet aan zodanige acceptatie verbonden voorschriften.

Uit het bovenstaande volgt, dat het beroep gegrond dient te worden verklaard en het bestreden besluit zal worden vernietigd. De rechtbank zal daarbij met gebruikmaking van de mogelijkheid die haar krachtens artikel 8:72, vierde lid, van de Awb, ter beschikking staat, zelf in de zaak voorzien en het bezwaar van eiseres alsnog niet-ontvankelijk verklaren.

Ten overvloede overweegt de rechtbank nog het volgende.

In artikel 3.21, tweede lid, van de Wsf is onder meer bepaald dat aan de studerende die reeds studiefinanciering ontvangt en een aanvraag heeft ingediend om in aanmerking te komen voor het normbedrag voor een uitwonende studerende, de verhoging van de studiefinanciering niet wordt toegekend voor een periode gelegen voorafgaand aan de maand waarin de aanvraag is ingediend. Verweester heeft aangegeven niet eerder dan op 2 maart 2005 een aanvraag van eiseres te hebben ontvangen. Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij op een eerdere datum een aanvraag heeft verstuurd, terwijl verweester op een niet ongeloofwaardige manier heeft ontkend een zodanige aanvraag van eiseres te hebben ontvangen. Dit betekent dat niet eerder dan vanaf maart 2005, zoals ook is gebeurd, studiefinanciering had kunnen worden toegekend. De omstandigheid dat eiseres feitelijk wel vanaf januari 2005 uitwonend was, kan daaraan niets afdoen. Van die feitelijke situatie is de aanvangsdatum van de verhoging van de studiefinanciering blijkens de tekst van artikel 3.21, tweede lid, van de Wsf, immers niet afhankelijk.

De rechtbank acht, ondanks de gegrondverklaring van het beroep, geen termen aanwezig om verweester op grond van het bepaalde in artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten die eiseres heeft gemaakt in verband met de behandeling van dit beroep, nu hiervoor ingevolge het daartoe bepaalde in artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht slechts in aanmerking komen de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

III. Beslissing

De rechtbank Maastricht:
verklaart het beroep ongegrond en vernietigt het bestreden besluit;
bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit en
verklaart het bezwaar van eiseres tegen het primaire besluit van 5 maart 2005 als-
nog niet-ontvankelijk;
bepaalt dat verweerster aan eiseres het door deze gestorte griffierecht van € 37,-
volledig vergoedt.
Aldus gedaan door mr. P.J. Voncken, in tegenwoordigheid van J.J.M. Roeters als
griffier en in het openbaar uitgesproken op 27 maart 2006.

Voor eensluidend afschrift:
de wnd. griffier:

verzonden op: 12 april 2006
RV

Tegen deze uitspraak kunnen partijen binnen zes weken na de datum van verzen-
ding van deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Centrale Raad van Beroep,
Postbus 16002, 3500 DA Utrecht.

Ingevolge artikel 6:5 van de Awb bevat het beroepschrift een of meer grieven
tegen de uitspraak en moet een afschrift van de uitspraak bij het beroepschrift
worden overgelegd.

rolnummer 1157/04
15 juni 2006

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM VIJFDE MEERVOUDIGE BURGER- LIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de stichting STICHTING BESCHERMING RECHTEN
ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN,
gevestigd te Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer,
APPELLANTE,
procureur: mr. W.A. Roos,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid TECHNO DESIGN
“INTERNET PROGRAMMING” BV,
gevestigd te Zoetermeer,
GEÏNTEERDE,
procureur: mr. K.P. Evelein.

1. Het geding in hoger beroep

1.1 Appellante, Stichting Brein, is bij exploit van 11 juni 2004 in hoger beroep gekomen van gedeelten van een vonnis dat door de rechtbank te Haarlem onder zaaknr/rolnummer 85489/HA ZA 02-992 tussen partijen is gewezen en dat is uitgesproken op 12 mei 2004, met dagvaarding van geïntimeerde, Techno Design, voor dit hof.

1.2 Stichting Brein heeft bij memorie dertien grieven tegen het vonnis waarvan beroep aangevoerd, een bewijsaanbod gedaan en producties in het geding gebracht, met conclusie, naar het hof begrijpt, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen voor zover de vorderingen van Techno Design werden toegewezen en die van Stichting Brein werden afgewezen en, in zover opnieuw rechtdoende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad die vorderingen van Techno Design alsnog zal afwijzen en de vorderingen van Stichting Brein integraal zal toewijzen, met veroordeling van Techno Design in de proceskosten van de beide instanties.

1.3 Techno Design heeft daarop bij memorie geantwoord en zich daarbij gerefereerd aan het oordeel van het hof.

1.4 Ten slotte hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen op basis van de stukken van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

2. De grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

3. Waarvan het hof uitgaat

De rechtbank heeft in het vonnis van 12 mei 2004 in rechtsoverweging nummer 2 onder a tot en met g een aantal feiten vastgesteld. De eerste grief is gericht tegen de vaststelling onder e. Die grief zal het hof hieronder bespreken. De vaststelling van de feiten is voor het overige niet in geding, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Behandeling van het hoger beroep

4.1 Het gaat in dit geding om de volgende kwestie.

4.1.1 Stichting Brein is opgericht door de stichting Stemra, de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI), de Motion Pictures Association (MPA), de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF) en de Nederlandse Uitgeversbond (NUV). De oprichters zijn, tezamen met hun leden, aangesloten bij Stichting Brein.

Stichting Brein stelt zich ten doel om de belangen van de rechthebbenden op audio-, video- en interactieve producten te beschermen. Daartoe treedt Stichting Brein ook in rechte op tegen onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en de daarop vervatte informatie.

De vereniging Buma en de leden van de International Federation of Phonographic Industry (IFPI) hebben terzake van onrechtmatige exploitatie van opnamen van uitvoeringen van muziekwerken Stichting Brein gemachtigd om hun belangen te behartigen en ter verwezenlijking daarvan namens hen vorderingen tot schadevergoeding en verbodsvorderingen in te stellen.

De bij Stichting Brein aangeslotenen beschikken over de auteurs- en/of naburige rechten van ongeveer 90% van de in Nederland (op geluidsdragers) uitgebrachte opnamen van uitvoeringen van muziekwerken.

4.1.2 Techno Design is de exploitant van de website zoekmp3.nl en een aantal soortgelijke aan zoekmp3.nl verwante sites, verder te zamen aan te duiden als zoekmp3.nl.

Techno Design faciliteert met haar website het zoeken van mp3-muziekbestanden (dat zijn gecomprimeerde informatie-bestanden) op het 'World Wide Web'. Zij levert na ontvangst van een zoekopdracht van een bezoeker van haar website hyperlinks/deeplinks naar het door hem of haar gewenste mp3-muziekbestand op het 'World Wide Web'. Als haar bezoeker die link aanklikt, maakt zijn computer contact met de server waarop het gevonden bestand staat en wordt het bestand direct gedownload naar de computer van de bezoeker.

Via de website van Techno Design kan de bezoeker eveneens informatie over de gevonden mp3-muziekbestanden verkrijgen, bijvoorbeeld kwaliteitsinformatie, welke informatie in de databank van Techno Design is opgeslagen.

4.1.3 Op de website van Techno Design wordt reclame gemaakt. Daarmee verwerft Techno Design inkomsten. Hoe meer personen haar website bezoeken, des te groter zijn de inkomsten. Ook biedt Techno Design op haar website ringtones te koop aan. De ringtones waren althans voor een deel afkomstig uit muziekwerken waarnaar hyperlinks/deeplinks van Techno Design verwezen.

4.1.4 De links die Techno Design aanbiedt hebben hoofdzakelijk betrekking op mp3-bestanden van muziek die behoort tot het populaire repertoire (top 40 e.d.). Zoekmp3.nl is voornamelijk gericht op internetgebruikers in de leeftijdscategorie van 13 tot en met 25 jaar. Binnen deze groep mp3-downloadende internetgebruikers was zoekmp3.nl in elk geval tot het vonnis waarvan beroep gewezen werd een populaire site met meer dan 100.000 pageviews per dag.

4.1.5 Bezoekers van de website van Techno Design halen door middel van zoekmp3.nl muziekbestanden op die jegens de rechthebbenden onrechtmatig openbaar gemaakt zijn, omdat zij auteurs- en nabuurrechtelijk beschermd zijn en de openbaarmaking niet is geautoriseerd. Stichting Brein wil een eind maken aan die praktijk. Haars inziens schenden die bezoekers rechten die toekomen aan de bij haar aangesloten en overschrijdt Techno Design met de faciliteiten die ze op haar website aanbiedt, hier in acht te nemen grenzen. Nadat Techno Design zich op het standpunt had gesteld dat haar geen rechtens relevant verwijt viel te maken, heeft Techno Design de Stichting Brein in rechte betrokken teneinde, kort gezegd, te doen vaststellen dat haar handelwijze rechtens toelaatbaar is. Stichting Brein heeft zich daartegen verweerd en tegenvorderingen ingesteld.

4.1.6 Op 11 juni 2004 heeft Techno Design zoekmp3.nl gesloten. Stichting Brein vreest dat Techno Design zich desalniettemin opnieuw zal gaan bezighouden met de exploitatie van –in haar, Stichting Breins, visie- illegale mp3-sites.

4.2 Het vonnis waarvan beroep

4.2.1 De rechtbank heeft in het vonnis waarvan beroep op vordering van Techno Design in conventie voor recht verklaard:

- dat Techno Design door het aanbieden van verwijzingen op de website zoekmp3.nl, zoals omschreven in rechtsoverweging 2 onder e van het vonnis geen inbreuk maakt op de auteurs-rechten of naburige rechten van de bij Stichting Brein aangesloten;
- dat Techno Design door deze handelwijze niet onrechtmatig jegens de bij Stichting Brein aangesloten handelt, behoudens voor zover het gaat om het aanbieden van verwijzingen naar mp3-bestanden ten aanzien waarvan de bij Stichting Brein aangesloten Techno Design in kennis hebben gesteld dat die verwijzing betrekking heeft op een mp3-bestand dat inbreuk maakt op de auteurs- of naburige rechten of op een anderszins onrechtmatig mp3-bestand, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen.

Voor het overige werden de vorderingen van Techno Design afgewezen met veroordeling van Stichting Brein in de proceskosten.

In reconventie heeft de rechtbank de vorderingen van Stichting Brein afgewezen met veroordeling van Stichting Brein in de proceskosten.

4.2.2. De rechtbank motiveerde haar beslissingen ten aanzien van de auteurs- en nabuurrechtelijke grondslag van de vorderingen van Stichting Brein als volgt.

De rechtbank koos tot uitgangspunt dat de bij Stichting Brein aangesloten de auteurs- en/of nabuurrechthebbenden zijn op een (substantieel) aantal muziekwerken waarnaar de links in de database van zoekmp3.nl verwijzen en dat op hun rechten inbreuk wordt gemaakt, indien die muziekwerken zonder hun toestemming worden openbaar gemaakt (rechtsoverweging 6.5).

Vervolgens heeft de rechtbank zich de vraag gesteld of de handelwijze van Techno Design kan worden aangemerkt als primaire openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 dan wel de Wet op de naburige rechten. Die vraag heeft zij negatief beantwoord, nadat zij tot de slotsom was gekomen dat Techno Design

niet zelfstandig muziekbestanden ter beschikking stelt van de gebruikers van zoekmp3.nl (rechtsoverwegingen 6.8 tot en met 6.10).

Secundaire openbaarmaking heeft de rechtbank evenmin aanvaard. Ook in dit verband heeft zij doorslaggevend geoordeeld dat de mp3-bestanden rechtstreeks door de individuele aanbieder van het bestand aan de gebruiker worden doorgegeven, nadat Techno Design aan de gebruiker door middel van hyperlinks/deep-links heeft aangewezen waar het gezochte mp3-bestand is te vinden. Zij heeft aansluiting gezocht bij de Richtlijn (EG) nr. 29/10 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatie-maatschappij en de visie waarvan de wetgever blijk gegeven had bij gelegenheid van de implementatie van deze richtlijn in de Nederlandse wetgeving (rechtsoverwegingen 6.11 en 6.12).

Na geconstateerd te hebben dat de overige omstreden handelingen van Techno Design evenmin inbreuk maken op de auteurs- en nabuurrechten van de bij Stichting Brein aangeslotenen, kwam de rechtbank tot de slotsom dat door Techno Design geen inbreuk werd gemaakt op de auteurs- en naburige rechten van de bij de Stichting Brein aangeslotenen (rechtsoverwegingen 6.13 en 6.14).

4.2.3 Vervolgens heeft de rechtbank onderzocht of de handelwijze van Techno Design onrechtmatig is jegens de bij Stichting Brein aangeslotenen.

Het enkele feit dat het zoeken naar mp3-bestanden op het internet sterk vereenvoudigd wordt door gebruik te maken van de faciliteiten die Techno Design op haar website aanbiedt, is onvoldoende om tot onrechtmatig handelen door Techno Design te concluderen, aldus de rechtbank. Dat geldt in het bijzonder omdat de werkzaamheid van zoekmp3.nl ook tot andere in beginsel rechtmatige toepassingen leidt, waaronder het afspelen van mp3-bestanden voor eigen gebruik (rechtsoverweging 6.18).

Bovendien heeft te gelden dat de beschikbaarstelling van faciliteiten en diensten die kunnen leiden tot inbreukmakend en onrechtmatig handelen van derden op zichzelf niet onrechtmatig handelen van de aanbieder van die faciliteiten en diensten inhoudt. Dat kan onder bijzondere omstandigheden anders zijn maar die omstandigheden doen zich volgens de rechtbank hier niet voor. De door Stichting Brein aangevoerde omstandigheden heeft de rechtbank ontoereikend geoordeeld. Daaruit kan haars inziens noch relevante wetenschap noch relevante zeggenschap worden afgeleid (rechtsoverwegingen 6.19 tot en met 6.22).

Niettemin heeft de rechtbank op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt Techno Design gehouden geoordeeld adequate maatregelen te treffen zodra zij op de hoogte geraakt van een inbreuk op auteurs- of naburige rechten dan wel anderszins onrechtmatig handelen. Zij behoort dan in te grijpen, bijvoorbeeld door links naar inbreukmakende documenten te verwijderen. Zou zij zulks nalaten, dan is dat onrechtmatig jegens de rechthebbenden. Uit eigen beweging behoeft zij verder niet meer actie te ondernemen dan zij reeds doet (rechtsoverwegingen 6.23 en 6.24).

4.2.4 Onrechtmatig handelen bestaande uit enig auteursrechtelijk geïnspireerd strafbaar feit heeft de rechtbank niet aanvaard (rechtsoverwegingen 6.25 tot en met 6.29).

4.2.5 Op basis van deze rechtsoordelen heeft de rechtbank in conventie gedeeltelijk positief voor Techno Design beslist, na de vordering(en) van Techno Design in zover voldoende bepaalbaar te hebben geoordeeld.

4.3 De grieven van Stichting Brein richten zich tegen verschillende schakels van de redenering van de rechtbank.

Grief 1 is gericht tegen een deel van de feitenvaststelling die de rechtbank zowel in conventie als in reconventie tot uitgangspunt koos.

De grieven 2 tot en met 12 zijn gericht tegen onderdelen van de motivering die de rechtbank tot haar afwijzende beslissing in reconventie voerde.

Grief 13 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in conventie dat de gevorderde verklaringen voor recht kunnen worden toegewezen, hoewel het subject waartegen deze is gericht onbepaald is.

Het hof zal de grieven gedeeltelijk gecombineerd bespreken op de wijze en in de volgorde die het hierna zal kiezen.

4.4 De eerste grief is gericht tegen de vaststelling door de rechtbank dat de data, URLs, (grotendeels) worden verzameld door een robot, een zogenaamde webspider. Met haar grief stelt Stichting Brein de vraag aan de orde hoe de mate van betrokkenheid van Techno Design bij de opbouw van haar database die haar bezoekers in staat stellen om ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden te vinden op het 'World Wide Web', moet worden geduid. Deze is groter dan de rechtbank met de omstreden vaststelling voor haar rekening heeft genomen, aldus Stichting Brein.

Met deze grief heeft Stichting Brein geen succes. Zij ziet eraan voorbij dat de rechtbank door toevoeging van het woord 'grotendeels' tot uitdrukking heeft gebracht dat het databestand niet alleen automatisch is opgebouwd door gebruik te maken van een of meer webspiders, maar dat daaraan ook eigen handmatige activiteit van Techno Design te pas is gekomen. De toelichting op de grief, waaronder in het bijzonder ook het beroep op de visie van de deskundige Coppin en op het aanbod van ringtones, dwingt er niet toe aan te nemen dat de rechtbank met de aanduiding 'grotendeels' een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven ten aanzien van de wijze waarop Techno Design haar databestand heeft opgebouwd. Stichting Brein heeft immers wel omstandig uiteengezet welke handmatige activiteit er moet zijn geweest, maar is veel minder precies in haar uiteenzetting hoe omvangrijk de automatische opbouw van het databestand is en dus over hoe het handmatig opgebouwde deel zich verhoudt tot het automatisch opgebouwde deel. Welke betekenis aan de bedoelde vaststelling moet worden toegekend, zal hieronder aan de orde komen.

De eerste grief faalt.

4.5 De grieven 2 tot en met 6 stellen, kort gezegd, de vraag aan de orde of en zo ja, in hoever Techno Design met haar handelwijze inbreuk maakt op enig auteurs- en/of naburig recht. Deze kwestie zal het hof laten rusten. Het geeft er de voorkeur aan de grieven 7 tot en met 12 te bespreken, omdat het hof deze grieven

gegrond acht en hetgeen Stichting Brein in dat verband heeft aangevoerd leidt tot de toewijzing van haar vorderingen. Die grieven stellen via verschillende invalshoeken de vraag aan de orde of de handelwijze van Techno Design jegens de aangeslotenen van Stichting Brein onrechtmatig moet worden geoordeeld.

4.6 Bij de bespreking van deze problematiek wil het hof vooropstellen dat het beschikbaar stellen via internet van mp3-muziekbestanden een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 vormt. Dat betekent dat aan het ophalen van die muziekbestanden noodzakelijkerwijs een auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk relevante openbaarmaking voorafgaat. Indien die openbaarmaking geschiedt zonder toestemming van de rechthebbenden, maakt de openbaarmaker inbreuk op de auteurs- en/of nabuurrechten van de rechthebbenden. Aan het ophalen van ongeautoriseerde muziekbestanden gaat dus noodzakelijkerwijs een inbreuk op de auteurs- en/of nabuurrechten van de rechthebbenden vooraf.

Dat degene die een ongeautoriseerd mp3-muziekbestand ter beschikking krijgt, dit slechts voor zichzelf gebruikt brengt niet mee dat genoemde openbaarmaking in dat geval niet (meer) als inbreuk op het auteurs- of naburig recht van de rechthebbende heeft te gelden. Dat privé-gebruik is immers voor de onrechtmatigheid van de openbaarmaking niet relevant. Of deze ontvanger recht heeft op een zogenoemde 'thuis kopie' kan daarom in dit verband verder onbesproken blijven.

4.7 Techno Design valt niet op één lijn te stellen met een zogenoemde ISP (Internet Service Provider). Haar handelwijze strekt aanzienlijk verder dan die van een ISP. Daarom komt haar niet dezelfde bescherming toe als een ISP – gelet op haar maatschappelijke betekenis – toekomt.

Voor een ISP geldt in de bewoordingen van het 'Agreed Statement' bij artikel 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag:

"It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11 bis (2)."

Tot het passieve gedrag dat in artikel 8 tot uitdrukking is gebracht is de handelwijze van Techno Design bepaald niet beperkt gebleven. Techno Design heeft immers niet alleen haar muziekminnende bezoekers tot communicatie met andere muziekliefhebbers in staat gesteld, maar zij heeft ook de door haar verzamelde data zodanig bewerkt dat zij het zoeken van mp3-muziekbestanden voor bezoekers van haar website zeer aanzienlijk heeft vergemakkelijkt. Bovendien verschaft zij haar bezoekers bij die muziekbestanden de nodige voor die bezoekers terzake dienende informatie.

4.8 Techno Design is in beginsel vrij om haar eigen zoekmachine te exploiteren en daarmee winst te behalen, ook als dit een zoekmachine is gericht op mp3-

muziekbestanden. Haar handelwijze is niet zonder meer onrechtmatig jegens al diegenen aan wie het auteursrecht dan wel de naburige rechten op de mp3-muziekbestanden toekomt, ook al is zij bekend met het feit dat degenen die de bestanden openbaar maken inbreuk plegen op de auteursrechten dan wel naburige rechten van derden. Onderzocht moet derhalve worden of die handelwijze in de bijzondere omstandigheden van dit geval desalniettemin als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd.

Dienaangaande heeft het volgende te gelden.

4.9 Techno Design bouwde haar databestand op door gebruik te maken van de openbaarmaking van mp3-muziekbestanden op het 'World Wide Web'. Techno Design heeft onvoldoende weersproken dat het leeuwendeel van de openbaarmakingen op het 'World Wide Web' van mp3-muziekbestanden waarin Techno Design is geïnteresseerd en ten aanzien waarvan Techno Design het zoeken door middel van haar zoekmachine faciliteert, ongeautoriseerd is en dat Techno Design dit weet. Zonder toereikende toelichting, die ontbreekt, rechtvaardigen de stellingen van Techno Design niet om daarover anders te denken.

De omstandigheid dat Techno Design haar databestand onder meer opbouwt met behulp van een of meer web spiders brengt niet mee dat niet van die wetenschap kan worden uitgegaan. Techno Design kan zich niet achter die web spiders verschuilen.

4.10 Techno Design heeft evenmin voldoende gemotiveerd betwist de stelling van Stichting Brein dat het overgrote deel van de bezoekers van haar website op zoek is naar ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden en dat zij, Techno Design, daarvan op de hoogte is.

4.11 Dit alles betekent dat Techno Design wist dat haar zoekmachine systematisch en structureel zou verwijzen naar ongeautoriseerde openbaarmakingen van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde mp3-muziekbestanden.

4.12 Vastgesteld moet voorts worden dat Techno Design inkomsten verwierf met haar zoekmachine. Naarmate meer bezoekers haar website bezochten, werden haar reclame-inkomsten groter en had zij grotere afzetmogelijkheden voor de door haar te koop aangeboden ringtones. Het aantal bezoekers was afhankelijk van de mogelijkheden die haar zoekmachine bood om mp3-muziekbestanden waaronder vooral ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden te vinden: meer links naar mp3-muziekbestanden betekende meer bezoekers.

Techno Design stelde haar bezoekers dan ook niet alleen in staat om ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden op te halen, zij ging verder: (de omzet van) de door haar gedreven onderneming was overwegend althans voor een belangrijk deel gebaseerd op de beschikbaarheid van ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden.

4.13 Techno Design verwierf haar inkomsten dus overwegend althans voor een belangrijk deel door structureel gebruik te maken van de beschikbaarheid op het

‘World Wide Web’ van ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden, klaarblijkelijk zonder rekening te houden met de belangen van de auteurs- en nabuurrechthebbers.

Dat nu is, in aanmerking genomen de fundamentele belangen van de rechthebbers die hier in het geding zijn, in strijd met de zorgvuldigheid die Techno Design in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig jegens de rechthebbers wier belang Stichting Brein zich heeft aangetrokken dan wel vertegenwoordigt.

4.14 Aan de conclusie dat Techno Design onrechtmatig handelt staat niet in de weg dat Techno Design haar bezoekers waarschuwt voor ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden. Die waarschuwing is niet afdoende. Zo’n waarschuwing gaat ten onrechte voorbij aan de aan Techno Design bekende realiteit dat haar bezoekers voor het leeuwendeel op zoek zijn naar ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden en zich van zo’n waarschuwing niets plegen aan te trekken. Techno Design mocht er daarom niet op vertrouwen dat haar waarschuwing zou helpen om auteurs- en nabuurrechtelijke inbreuken tegen te houden.

Tot slot levert de omstandigheid dat het technisch nog niet goed mogelijk is om de zoekmachine onderscheid te laten maken tussen geautoriseerde en ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden in de omstandigheden waarin Techno Design opereerde geen relevante verontschuldiging voor haar op.

4.15 Slotsom van deze overwegingen moet zijn dat Stichting Brein in elk geval succes heeft met haar tiende en elfde grief.

4.16 Geen van de weren van Techno Design, ook niet die uit de eerste aanleg, kan in de weg staan aan toewijzing van de vorderingen van Stichting Brein. Met name kan Techno Design de onrechtmatigheid van haar handelwijze ook niet tegenhouden met een beroep op artikel 10 EVRM. Zij heeft de op het auteursrecht en de naburige rechten gebaseerde beperkingen te aanvaarden. Deze zijn bij wet voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk ter bescherming van de rechten van anderen.

Vermeldenswaard is hier verder nog dat voldoende aannemelijk is dat de aangeslotenen bij Stichting Brein schade hebben geleden, zodat het gevorderde onder D kan worden toegewezen.

4.17 Tot slot heeft het hof op de voet van de dertiende grief van Stichting Brein te onderzoeken of de door de rechtbank in conventie gegeven verklaringen van recht in stand kunnen blijven.

Volgens Stichting Brein zijn deze verklaringen van recht te ruim en te algemeen geformuleerd. Zij heeft daarbij in het bijzonder gewezen op de omstandigheid dat Techno Design gebruik maakt van een website die tientallen verschillende rechtsfeiten in zich verenigt en gelinkt is met tientallen andere sites alsmede de omstandigheid dat Techno Design in de loop van de procedure in eerste aanleg de functionaliteit van de website is blijven aanpassen.

De rechtbank heeft dit verweer verworpen. Aan deze verwerping heeft de rechtbank, kort gezegd, ten grondslag gelegd dat vast staat dat de gebruikers van zoekmp3.nl verwijzingen kunnen ontsluiten naar URL's met mp3-bestanden die zich elders op het internet bevinden en dat zij deze bestanden naar hun eigen computer kunnen downloaden, alsmede dat geen inbreuk makende openbaarmaking door Techno Design kan worden aangewezen noch anderszins onrechtmatig handelen door Techno Design.

Naar het oordeel van het hof is dit geen toereikende weerlegging van het verweer van Stichting Brein. Stichting Brein stelde immers met haar verweer aan de orde dat voor de gevorderde verklaringen van recht (als bedoeld in artikel 3:302 Burgerlijk Wetboek) geen plaats is, als niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld wat tot het als rechtmatig aan te merken gedrag moet worden gerekend. Nu onweersproken is gebleven dat hetgeen wordt omschreven in rechtsoverweging 2 onder e in het vonnis waarvan beroep breed uitwaaiert over tientallen andere sites en bovendien niet stabiel is, gaan de gevorderde verklaringen van recht de hier te stellen grenzen te buiten.

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven voorzover in conventie gewezen en in hoger beroep aan de orde gesteld. Bij gebreke van een toereikend aanknopingspunt voor een begrenzing van de verklaringen van recht die het door Stichting Brein aan de orde gestelde probleem oplost, moeten de door Techno Design gevorderde verklaringen van recht alsnog worden afgewezen.

Uit hetgeen hierboven met betrekking tot de grieven 7 tot en met 12 is overwogen volgt overigens bovendien dat de vordering die is uitgemond in de onder 7.2 van het vonnis waarvan beroep gegeven verklaring van recht moet worden afgewezen.

4.18 De overige grieven van Stichting Brein behoeven geen afzonderlijke bespreking meer. Bewijslevering kan achterwege blijven bij gebreke van terzake dienende stellingen.

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven voor zover het door Stichting Brein aan het oordeel van het hof is onderworpen. Het hof zal het vonnis in zover vernietigen en, aannemende dat Stichting Brein ook bedoeld heeft die vorderingen in te stellen op de door het hof aanvaarde rechtsgrondslag, de eerder afgewezen vorderingen van Stichting Brein alsnog toewijzen en de eerder toegewezen vorderingen van Techno Design alsnog afwijzen.

Techno Design is de in het ongelijk gestelde partij. Zij heeft de proceskosten van dit geding te dragen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

5. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover aan zijn oordeel onderworpen en, opnieuw rechtdoende,

wijst de vorderingen van Techno Design af;

- (A) verbiedt Techno Design jegens Buma/Stemra en de leden van IFPI/NVPI (als genoemd in productie 1 bij de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende conclusie van eis in reconventie) onrechtmatig te handelen door te bevorderen dat auteurs- en nabuurrechtelijke inbreuken plaatshebben door het aanleggen en ter beschikking stellen van (diep)links naar ongeautoriseerde muziekbestanden als gedefinieerd in genoemde conclusie; gebiedt Techno Design om binnen zeven dagen na betekening van dit arrest te staken en gestaakt te houden het via een telecommunicatienetwerk (doen) verspreiden en ter beschikking (doen) stellen van ongeautoriseerde muziekbestanden, alsmede het doen of laten verrichten van voornoemde handelingen en/of daarbij direct of indirect op enigerlei wijze betrokken te zijn of belang te hebben, zowel het verbod als het gebod op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat gehandeld wordt in strijd met het verbod respectievelijk gebod dan wel, naar keuze van Stichting Brein, een dwangsom van € 1.000,- per ongeautoriseerd muziekbestand voor iedere overtreding van het verbod respectievelijk gebod;
- (B) gebiedt Techno Design om binnen zeven dagen na betekening van dit arrest de toegang van de sites genoemd onder punt 33 van de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende conclusie van eis in reconventie alsmede via de sites waarop een zoekbox van zoekmp3.nl, doublemp3.com, mp3hitlist.net.nl en enige andere aan Techno Design toebehorende zoekbox is geplaatst, tot de door Techno Design aangelegde en/of voor haar toegankelijke databestanden met links naar ongeautoriseerde muziekbestanden onmogelijk te maken, en gebiedt Techno Design (diep)links naar ongeautoriseerde muziekbestanden van al haar sites te verwijderen, in beide gevallen op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- per dag of gedeelte van een dag gedurende welke de overtreding van de geboden voortduurt;
- (C) gebiedt Techno Design om binnen zeven dagen na betekening van dit arrest de mp3-sites zoekalbums.nl, fullalbumsearch.com, startmp3.com van haar server te verwijderen en de houder van deze sites toegang tot haar server te ontzeggen en gebiedt Techno Design om binnen twee dagen nadat zij door Stichting Brein gewezen is op de aanwezigheid op haar servers van ongeautoriseerde muziekbestanden of illegale mp3-sites als gedefinieerd in de inleidende dagvaarding, deze sites van haar server te verwijderen en de betreffende sitehouder toegang tot haar server te ontzeggen, in beide gevallen op straffe van een dwangsom groot € 10.000,- per dag of gedeelte van een dag dat Techno Design het gebod overtreedt;
- (D) veroordeelt Techno Design tot betaling aan Stichting Brein van vergoeding terzake van de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden geleden schade die het gevolg is van de inbreuken op hun auteursrechten en naburige rechten via de door Techno Design geëxploiteerde sites als gedefinieerd in punt 33 van de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende conclusie van eis in reconventie, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

(E) veroordeelt Techno Design in de proceskosten en begroot deze aan de zijde van Stichting Brein in eerste aanleg in conventie en reconventie op € 193,- voor verschotten en
€ 2.341,50 voor salaris procureur en in hoger beroep op
€ 371,78 voor verschotten en € 894,- voor salaris procureur;

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.B.C.M. van der Reep, C.A. Joustra en E.A. Mout-Bouwman en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 juni 2006 door de rolraadsheer.

4 juli 2006
eerste civiele kamer
rolnummer 06/416

GERECHTSHOF TE ARNHEM

ARREST

in de zaak van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
appellante 1 B.V.,
gevestigd te Alphen aan den Rijn,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
appellante 2 B.V.,
gevestigd te Monster,
3. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Nederlandse Vereniging van Makelaars in Onroerende Goederen en
Vastgoeddeskundigen NVM,
gevestigd te Nieuwegein,
appellanten,
procureur: mr. J.C.N.B. Kaal,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Alletekoopstaandehuizen.NL B.V., tevens handelend onder
de naam Zoekallehuizen.nl,
gevestigd te Vught,

geïntimeerde,
procureur: mr. F.J. Boom.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg wordt verwezen naar de inhoud van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem tussen appellanten, verder te noemen: de makelaars, als eisers, en geïntimeerde, verder te noemen: ZAH, als gedaagde, in kort geding gewezen vonnis van 16 maart 2006, dat in fotokopie aan dit arrest is gehecht.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De makelaars hebben bij exploit van 13 april 2006 ZAH aangezegd in hoger beroep te komen van het voormelde vonnis van de voorzieningenrechter, met dagvaarding van ZAH voor dit hof. Zij hebben in de dagvaarding zestien grieven aangevoerd en gevorderd dat het hof bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

- a. ZAH zal gelasten zich met onmiddellijke ingang te onthouden van iedere inbreuk, rechtstreeks dan wel door middel van een op enigerlei wijze met haar verbonden (rechts)-persoon op de auteurs-, geschriften- en databankrechten van de Makelaars en zich te onthouden van genoemd overig onrechtmatig handelen, in het bijzonder door het (al of niet door middel van het leggen van een deeplink) opvragen, verveelvoudigen, openbaar maken of (anderszins) toegankelijk maken of hergebruiken van (informatie uit) webpagina's van de Makelaars die kenbaar hebben gemaakt daar bezwaar tegen te hebben;
- b. ZAH zal gelasten zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen ten aanzien van enige dienst van eiseressen, in het bijzonder de websites van de Makelaars, voor zover deze daartoe niet uitdrukkelijk toestemming hebben gegeven, onder welke omzeiling is begrepen het telkens wisselen van IP-adres, met het kennelijke doel het blokkeren van zulke IP-adressen door (webbeheerders van) de Makelaars ongedaan te maken;
- c. ZAH zal gelasten een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 25.000,- aan eiseressen te betalen voor elke dag (een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend) dat ZAH dan wel een op enigerlei wijze aan ZAH verbonden (rechts)persoon – geheel of gedeeltelijk – in strijd handelt met het sub a en b gevorderde of enig onderdeel daarvan;
- d. ZAL zal veroordelen in de kosten van beide instanties.

2.2 Bij memorie van eis in hoger beroep hebben de makelaars producties overgelegd en geconcludeerd overeenkomstig de inhoud van de appèldagvaarding.

2.3 ZAH heeft bij memorie van antwoord de grieven bestreden, producties overgelegd, bewijs aangeboden en geconcludeerd tot, kort weergegeven, bekrachtig-

ging van het bestreden vonnis, met veroordeling van de makelaars in de kosten van het geding in hoger beroep.

2.4 Ter terechtzitting van 29 mei 2006 hebben partijen de wederzijdse standpunten doen toelichten bij pleidooi, de makelaars door mrs. J.C.H. van Manen, A.P. Groen en T.M. Snoep, advocaten te Amsterdam, en ZAH door mrs D.J.G. Visser en R. Wesseling, eveneens advocaten te Amsterdam. Daarbij hebben zij pleitnotities overgelegd en nog enkele stukken in het geding gebracht.

2.5 Daarna zijn de procesdossiers overgelegd en is datum voor arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

De door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten staan ook in hoger beroep vast, nu tegen deze vaststelling geen grieven zijn gericht.

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 ZAH stelt op het internet een gespecialiseerde zoekmachine beschikbaar die het gebruikers mogelijk maakt met een aantal zoekcriteria het woningaanbod te raadplegen dat ZAH onder meer op de websites van de makelaars heeft gevonden. De gebruikers van de website van ZAH kunnen door een hyperlink aan te klikken worden doorgeleid naar de website van de desbetreffende makelaars die het object waarvoor belangstelling bestaat, aanbieden. Het voor het publiek ontsluiten van door anderen op het internet geplaatste informatie met gebruikmaking van een zoekmachine is op zichzelf niet onrechtmatig jegens die anderen, mits het de bedoeling van die anderen is dat het publiek daarvan gebruik maakt. Het op grote schaal raadplegen van websites, het gebruikmaken van de mogelijkheid daarvan informatie “op te halen” en het aanleggen van hyperlinks kunnen ook niet zonder meer als onrechtmatige handelingen worden gekwalificeerd. Dit alles is anders indien inbreuk gemaakt wordt op de rechten van de betrokkenen of wanneer jegens de betrokkenen onzorgvuldig wordt gehandeld door een nodeloos bezwarende wijze van raadplegen en verzamelen van de aangeboden informatie of door een voor hen schadelijke wijze van aanbieden of weergeven van deze informatie. Het hof komt, voorlopig oordelend, tot de conclusie dat ZAH geen inbreuk maakt op de rechten van de makelaars en ook niet onrechtmatig jegens hen handelt. Wat de kwestie van inbreuk betreft verwijst het hof naar hetgeen hierna nog wordt overwogen. Wat de onrechtmatigheid betreft heeft ZAH bij gelegenheid van de pleidooien gekwantificeerd aangevoerd dat de zoekactiviteit van ZAH nauwelijks belastend is voor de websites van de makelaars en dat zij daardoor ook geen noemenswaardig financieel nadeel lijden. De makelaars hebben dit niet gemotiveerd weersproken. Zij hebben hun stelling dat het veel geld en tijd kost om de overmatige zoekbewegingen van de crawler van ZAH te verwerken niet geadstrueerd met objectieve cijfers en er ook geen berekeningen of bewijsstukken aan ten grondslag gelegd en zij hebben ook geen andere feiten gesteld waaruit die stel-

ling aannemelijk wordt. De makelaars hebben wel voldoende toegelicht dat ZAH veel fouten en vergis-singen maakt bij het weergeven van de informatie. Zij hebben echter niet aannemelijk gemaakt dat het gaat om een zodanig aantal fouten van een zodanige ernst dat zij daardoor werkelijk benadeeld worden. In de meeste van de genoemde gevallen springt de fout zodanig in het oog dat daaraan geen verkeerde conclusies kunnen worden verbonden. Voor het overige komt de fout vanzelf aan het licht bij kennisneming van de website van de makelaar waar de door ZAH beschikbaar gestelde hyperlink naar verwijst. Op de vraag of ZAH onrechtmatig handelt door het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen zal het hof in het navolgende nog afzonderlijk ingaan. Van andere voor de makelaars bezwarende feiten is niet (voldoende) gebleken.

4.2 De eerste grief van de makelaars richt zich tegen rov. 4.6 van het bestreden vonnis. Daarin heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het op de website van een makelaar opgenomen geheel van gegevens betreffende te koop aangeboden woningen niet kan worden beschouwd als een beschermde databank in de zin van artikel 1, lid 1 onder a, van de Databankenwet (hierna: Dw) en daarom ook niet de bescherming verdient van artikel 2 van deze wet. Daarbij heeft de voorzieningenrechter overwogen dat het creëren van de elementen die op de website zijn vermeld, behoort tot de hoofdactiviteiten van een makelaar. De makelaars hebben naar zijn oordeel niet aannemelijk weten te maken dat de makelaars daarnaast voor het invoeren van de verzamelde gegevens op de website, het systematisch ordenen ervan, en voor het controleren en actueel houden van deze gegevens in kwantitatief en/of in kwalitatief opzicht substantiële investeringen hebben moeten doen.

4.3 Met betrekking tot dit laatste oordeel voeren de makelaars aan dat deze investeringen wel substantieel zijn. Daarbij noemen zij de kosten voor het ontwerpen en bouwen van een website die uiteenlopen van € 3.000,- tot € 25.000,-. De kosten voor het beheren van de website lopen uiteen, van € 3.000,- tot € 10.000,- per jaar.

Voorts voeren de makelaars aan dat zij geen gegevens creëren, doch alleen gegevens verzamelen. Deze informatie bestaat – anders dan de voorzieningenrechter volgens hen ten onrechte heeft aangenomen – voor elke woning uit verschillende elementen. Met het verzamelen, presenteren en controleren van de databank is per object meer dan € 300,- gemoeid.

4.4 De voorzieningenrechter heeft zijn door de eerste grief aangevallen oordeel voornamelijk gebaseerd op de omstandigheid dat de makelaars niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat zij substantieel hebben geïnvesteerd in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank. Voor de beantwoording van de vraag om welke investeringen het hier gaat, is van belang dat volgens de rechtspraak van het HvJEG, zoals aangehaald in het bestreden vonnis, met de kosten die zijn verbonden aan het creëren van de elementen die in een databank worden opgenomen geen rekening mag worden gehouden. Deze recht-

spraak moet worden gezien tegen de achtergrond van de doelstelling van de richtlijn zelf, namelijk het bevorderen en beschermen van investeringen in systemen voor de opslag en de verwerking van gegevens. De omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan, zoals bij de makelaars het geval is, de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, sluit niet uit dat deze samensteller aanspraak kan maken op bescherming “op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan [...] een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft gevergd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.” De investeringen waarover het hier gaat, moeten dus met name betrekking hebben op het aanleggen van de databank als zodanig. Naar het voorlopig oordeel van het hof hebben de makelaars ook in hoger beroep niet voldoende aannemelijk gemaakt dat zij in verband met het verkrijgen, controleren of presenteren van de gegevens op de website aanzienlijke investeringen hebben moeten doen die zij anders niet zouden hebben gedaan. De kosten die betrekking hebben op het verzamelen van gegevens van de woningen die te koop worden aangeboden, moeten de makelaars in het kader van hun dienstverlening zo niet geheel dan toch grotendeels toch al maken. De kosten die gemoeid zijn met het vervaardigen van een website, kunnen evenmin als relevante investeringen gelden, omdat in de huidige tijd elke zich respecterende ondernemer een website heeft en de makelaars ook anders dan voor het publiceren van de woninggegevens al een website nodig zouden hebben. Het is immers hun taak naar buiten bekend te maken welke woningen zij in de verkoop hebben. In de huidige tijd is gebruik van internet daartoe de meest effectieve en volgens de makelaars zelfs onmisbare voorwaarde. ZAH heeft naar het voorlopig oordeel van het hof terecht aangevoerd dat het plaatsen door een makelaar van gegevens op de website en het bijhouden van deze website niet zodanig ingewikkelde handelingen meebrengen dat daaruit zou kunnen volgen dat daaraan substantiële investeringen verbonden zijn. Aan de door de makelaars naar voren gebrachte begrotingen en/of berekeningen van kosten gaat het hof daarom voorbij.

4.5 Met hun tweede grief keren de makelaars zich tegen rov. 4.8 van het bestreden vonnis. Daarin heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de vraag of de websites en de afzonderlijke webpagina's van de makelaars auteursrechtelijk beschermd zijn, onbeantwoord kan blijven, omdat ZAH voor plaatsing op de website slechts bepaalde gegevens daaraan heeft ontleend, namelijk per object enkele regels van de woningomschrijvingen, foto's van de woningen en de vraagprijs en de adresgegevens van de woningen, en daarbij bovendien een link legt naar deze sites of pagina's.

4.6 Het hof verenigt zich met het oordeel van de voorzieningenrechter dat het ophalen van de volledige webpagina's met het doel daaraan gegevens te ontleen, geen verveelvoudiging oplevert omdat het door artikel 13a van de Auteurswet 1912 (hierna Aw 1912) aan dat begrip wordt onttrokken.

4.7 De derde grief en de vierde grief behoeven geen bespreking, omdat grief 5 faalt. Ook als van auteursrechtelijke bescherming sprake is, beroept ZAH zich, zoals hierna zal worden overwogen, terecht op het bepaalde in artikel 15a, lid 1, Aw 1912.

4.8 In rov. 4.12 heeft de voorzieningenrechter aangenomen dat aan de woning-omschrijvingen geschriftenbescherming ingevolge artikel 10 lid 1 onder 1 Aw 1912 toekomt. Deze overweging is in hoger beroep niet bestreden. In rov. 4.13-4.14 beantwoordt de voorzieningenrechter, in ontkennende zin, de vraag of het overnemen door ZAH van adresgegevens, vraagprijs en enkele regels uit een meer omvangrijke beschrijving en het plaatsen daarvan op haar website bij een hyperlink een verveelvoudiging opleveren die inbreuk maakt op het auteursrecht van de makelaars. Naar zijn oordeel is sprake van een citaat in een “uiting met een vergelijkbaar doel” als bedoeld in artikel 15a Aw 1912, nu aan alle voorwaarden als in deze bepaling bedoeld is voldaan. De makelaars betwisten dat aan het “citaatrecht” in dit geval betekenis toekomt. Het hof volgt hen daarin echter niet. Uit de wetsgeschiedenis van voormelde bepaling blijkt immers dat het contextvereiste is vervallen, althans dat daaraan geen groot gewicht meer behoeft te worden gehecht, en dat aan de bepaling een ruimere betekenis dan alleen citeren in de context van kritiek of recensies toekomt. Voor het onder-havige geval is zowel kenmerkend als beslissend dat de ontlening en de vermelding op de website van ZAH globaal hetzelfde doel dienen als de makelaars nastreven, namelijk de aandacht van potentiële kopers op het object vestigen. ZAH doet in feite niet meer dan nodig is om de gebruiker in staat te stellen de voor hem (mogelijk) van belang zijnde websites van de makelaars te vinden door daarnaar te verwijzen via enkele belangrijke gegevens. Het gebruik van deze gegevens valt te beschouwen als of staat op gelijke voet met het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging. Het heeft immers de strekking de gebruiker aan te kondigen wat hij te zien zal krijgen als hij de door ZAH aangeboden hyperlink volgt. Voor zover niet in strikte zin van een aankondiging kan worden gesproken, bestaat daarmee een zodanige overeenstemming dat daaraan een argument kan worden ontleend om de door ZAH gevolgde gedragslijn door analogische toepassing van deze bepaling toelaatbaar te achten. Het hof is van oordeel dat van de desbetreffende aan de sites ontleende gegevens een functioneel gebruik gemaakt wordt.

4.9 De makelaars bestrijden in grief 6 dat aan de tweede voorwaarde van artikel 15a Aw 1912 is voldaan. Deze voorwaarde houdt in dat het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang van de geciteerde gedeelten door het te bereiken doel gerechtvaardigd zijn. Als belangrijkste doel moet hier worden beschouwd de verwijzing naar verdere informatie op de website van de betrokken makelaar. De makelaars hebben het oordeel van de voorzieningenrechter dat de door ZAH gegeven informatie zakelijk en functioneel is, niet voldoende gemotiveerd bestreden. Anders dan de makelaars menen, doet in de in deze zaak gegeven context uiteraard niet ter zake dat ZAH zelf geen tekst heeft opgesteld. Het

gaat ZAH immers om de duidelijkheid van de signalering en niet om haar eigen omschrijving van het object. Het ontlenen van de kerngegevens kan in verband met de verwijzing naar de website van de betrokken makelaar als proportioneel worden aangemerkt. In hetgeen de makelaars overigens in dit verband hebben aangevoerd, ziet het hof geen reden hierover anders te oordelen dan de voorzieningenrechter heeft gedaan.

Volgens de makelaars is ook aan de derde voorwaarde van artikel 15a niet voldaan. Volgens hen is door de verkleining van de foto sprake van wijziging van het werk c.q. aantasting van het werk. Dit onderdeel van grief 6 faalt eveneens, omdat in de context van het gebruik als hiervoor is omschreven in de verkleining geen vorm van aantasting kan worden gezien. De verkleinde foto's dienen immers alleen om de gebruiker behulpzaam te zijn bij het zoeken van objecten die te vinden zijn op de websites van de makelaars (en anderen) en zijn klaarblijkelijk bedoeld om de gebruikers samen met de tekst een (eerste) indruk te geven van het object. Dat zij tot dat doel een redelijk en gangbaar middel zijn, wordt bevestigd door de homepages van de websites van appellante 1 en appellante 2 waar op soortgelijke wijze van verkleinde foto's gebruik wordt gemaakt om te verwijzen naar de verschillende aan onderscheiden aangeboden woningen gewijde pagina's.

4.10 De zevende grief keert zich tegen rov. 4.17 en 4.18. Daarin heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het aanleggen van een deeplink geen openbaarmaking is van de webpagina waarnaar wordt gelinkt, ook niet als daartegen technische beschermingsmaatregelen zijn genomen. De makelaars hadden al in eerste aanleg erkend dat hyperlinks en deeplinks niet zijn te beschouwen als verveelvoudiging, zoals de voorzieningenrechter kennelijk ten overvloede nog in rov. 4.16 heeft overwogen. De omstandigheid dat de makelaars technische beschermingsmaatregelen hebben genomen brengt niet mee dat op deze grond niet van openbaarmaking moet worden gesproken. De technische maatregelen zijn immers, naar voorshands voldoende is komen vast te staan, niet gericht (geweest) op het verhinderen van openbaarmaking, doch op het tegengaan van het aanleggen van deeplinks, in het bijzonder door ZAH. Het eventueel doorbreken van de technische blokkades leidt daarom niet tot het bereiken van een nieuw publiek of van een publiek dat de makelaars juist wilden weren van de websites. De makelaars hebben niet aan de hand van concrete stellingen het tegenovergestelde aan nemelijk gemaakt.

4.11 De achtste grief keert zich tegen rov. 4.20. Daarin heeft de voorzieningenrechter overwogen dat gebleken is dat de makelaars inmiddels een doeltreffende beschermingsmaatregel hebben getroffen en dat deze door ZAH wordt gerespecteerd. ZAH houdt vol dat zij doeltreffende maatregelen, in elk geval het verhinderen van het aanleggen van deeplinks, respecteert, maar betwist voor het overige dat van zodanige maatregelen sprake is.

Het eerste lid van artikel 5a Dw bepaalt dat degene die doeltreffende technische voorzieningen omzeilt en dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, onrechtmatig handelt. Onder een technische voorziening moet ingevolge het bepaalde in

artikel 1, lid 1, aanhef en onder e, worden verstaan de technologie die dient tot het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van databanken die door de producent van de databank niet zijn toegestaan. Technische voorzieningen worden pas geacht doeltreffend te zijn indien het opvragen en hergebruiken van een databank door de producent van de databank wordt beheerst door middel van toegangscontrole of door middel van een beschermingsprocédé of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt. Uit hetgeen bij pleidooi in hoger beroep is aangevoerd, kan het hof niet afleiden dat ZAH dergelijke voorzieningen heeft omzeild. Voorzieningen die uitsluitend gericht zijn tegen ZAH als zodanig vallen niet onder de wettelijke bescherming en het ontgaan daarvan levert niet onrechtmatig handelen van ZAH op. In het bijzonder het gebruik maken van voor de makelaars niet herkenbare IP-adressen kan niet als een verboden ontduiking van de beschermings- of beveiligingsmaatregelen worden beschouwd. Ook indien juist is dat andere zoekmachines maatregelen als robot.txt (die niet verhinderen doch slechts verzoeken) respecteren, volgt daaruit niet dat ZAH door het enkele feit dat zij zich niet aan deze “code” of “etiquette” houdt, onrechtmatig jegens de makelaars handelt.

4.12 De negende grief houdt verband met rov. 4.22. Voor zover de grief zich keert tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat alleen de voorwaarden van appellante 1 en appellante 2 beoordeeld kunnen worden, doet zij dat tevergeefs. Andere partijen zijn, buiten de NVM, immers niet in het geding. De NVM kan in deze procedure slechts een algemeen verbod vragen voor zover geoordeeld zou moeten worden dat de voorwaarden waarover partijen hebben gedebatteerd, dit rechtvaardigen. Dat doen deze voorwaarden echter niet. De makelaars kunnen zich door het op hun website vermelden van algemene voorwaarden niet eenzijdig een recht voorbehouden dat zij anders niet bezitten. Zij kunnen ook niet zonder meer door het gebruik van algemene voorwaarden de rechten van anderen beperken. Door het stellen van algemene voorwaarden kan evenmin de werking van wettelijke uitzonderingen op auteursrechtelijke bescherming ongedaan gemaakt worden. De makelaars hebben niet duidelijk gemaakt op grond waarvan zij dat wel zouden kunnen doen anders dan door het claimen van rechten waarvan het bestaan in het voorafgaande al is afgewezen.

4.13 De tiende grief behoeft bij gebrek aan belang geen bespreking, omdat de algemene voorwaarden geen grond kunnen opleveren voor toewijzing van de vorderingen van de makelaars. Hetzelfde geldt voor de grieven 11 en 12 en 13.

4.14 De veertiende grief heeft betrekking op rov. 4.28 en 4.29. Daarin verwerpt de voorzieningenrechter de stellingen van de makelaars dat ZAH onrechtmatig handelt door – kort samengevat – het profiteren van en parasiteren op de investeringen en prestaties van de makelaars, het verwerven van een onrechtmatige voorgrond en het toebrengen van schade aan de makelaars onder meer door slordigheden en fouten op de website van ZAH wat betreft de vermelding van gegevens. Volgens de makelaars handelt ZAH ook onrechtmatig door gebruik te maken van

de systemen van de makelaars, door inbreuk te maken op hun exclusieve rechten, door ontduiking van beschermingsmaatregelen en door het op kosten jagen van de makelaars. Zoals het hof hiervoor in 4.1 heeft overwogen, kan van onrechtmatig handelen slechts sprake zijn als ZAH onzorgvuldig handelt of de belangen van de makelaarsodeloos schaadt. Daarvan is voorshands onvoldoende gebleken. ZAH is niet als bemiddelaar werkzaam op de markt van de makelaars en treedt niet in concurrentie met de makelaars. Zij ontleent haar informatie aan die van de websites van de makelaars en maakt dat naar buiten duidelijk. Het hof ziet niet in dat van misleiding of van reputatieschade sprake is.

4.15 Wat grief 15 betreft verwijst het hof naar rov. 4.1

4.16 Grief 16 heeft na het vorengaande geen kans van slagen, voor zover al aan deze grief zelfstandige betekenis toekomt.

4.17 De grieven treffen geen doel. Voor bewijsvoering leent de procedure die strekt tot het geven van een voorlopige voorziening, zich niet. Het hof acht ook op grond van een belangenafweging de vorderingen van de makelaars niet toewijsbaar.

4.18 Het hof voegt ten overvloede aan de afwijzing van de vorderingen nog het volgende toe in verband met het verweer van ZAH betreffende de mededingingsrechtelijke aspecten.

Tussen partijen staat als niet of onvoldoende weersproken vast dat NVM met ongeveer 3.900 leden een zeer aanzienlijk gedeelte, circa 80 tot 85% procent, van de woningmakelaars in Nederland vertegenwoordigt. Door de NVM wordt eveneens een website geëxploiteerd (Funda) waar een substantieel deel van het woningaanbod van de bij de NVM aangesloten makelaars wordt getoond. Uitsluitend NVM-makelaars kunnen hun woningbestand bij Funda aanmelden. Ingevolge het NVM-reglement zijn NVM-makelaars gehouden om woningen die zij ten verkoop aanbieden, eerst aan te melden bij Funda alvorens deze op hun eigen website te plaatsen; wordt na deze aanmelding een wachttijd van ten minste 24 uur aangehouden alvorens de te verkopen woning op Funda wordt vertoond; mogen zij geen woningen uit het bestand van een andere NVM-makelaar in hun website opnemen en mogen zij er niet aan meewerken dat de woningen in het Funda-bestand ook via andere zoekmachines te vinden zijn. Anders dan op de websites van de afzonderlijke makelaars, komt op Funda nagenoeg het gehele landelijke woningaanbod in beeld, voor zover de woningen door NVM-makelaars worden aangeboden.

De NVM heeft de bij haar aangesloten makelaars geadviseerd maatregelen te nemen om te voorkomen dat ZAH de op hun afzonderlijke websites vermelde woningen opneemt in de website van ZAH, waartoe de makelaars werden opgeroepen technische beschermingsmaatregelen te nemen (zoals deze werden aangeboden door de aan NVM gelieerde ICT-onderneming Realworks) en de bedoelde

copyright notice op te nemen (een voorbeeldtekst is op de website van de NVM geplaatst).

Naar het voorlopig oordeel van het hof hebben deze adviezen de strekking om de mededinging op de landelijke woningmarkt zoals die via het internet wordt geëtaleerd, in te perken, hetgeen in strijd is met het bepaalde in artikel 6 Mededingingswet. Ook om deze reden kunnen de op de websites van de makelaars opgenomen copyright notices geen effect sorteren.

4.19 De makelaars zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem van 16 maart 2006;

veroordeelt de makelaars in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ZAH begroot op € 298,- aan verschotten en op € 2.682,- voor salaris van de procureur.

Dit arrest is gewezen door mrs. Hammerstein, Mannoury en Lamens en uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier ter openbare terechtzitting van 4 juli 2006.

Sector kanton Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2006
Erotische DVD-box
LJN-nummer AZ4622

E-commerce, algemene voorwaarden, opzegging lidmaatschap

Geschil over abonnement op erotische DVD's. Rechter oordeelt dat algemene voorwaarden in casu van toepassing zijn. De bepaling 'aanvragen van het welkomstgeschenk van Ber omvat mede de aanmelding als lid van Ber' is niet onredelijk bezwarend, nu uit de pagina's van de website blijkt dat het de aanmelder voldoende duidelijk moet zijn dat hij zich, door zich aan te melden, zowel opgeeft voor het welkomstgeschenk als aanmeldt als lid. Ook de bepaling 'opzegging van het lidmaatschap kan slechts schriftelijk plaatsvinden tegen het einde van een periode van één jaar, mits daarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht wordt genomen' kan niet onredelijk bezwarend geoordeeld worden.

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector Kanton, locatie 's-Hertogenbosch

Zaaknummer: 456048

Rolnummer: 06-4349

Uitspraak: 30 november 2006

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BER B.V.,

gevestigd te Emmen,

eiseres,

gemachtigde: In Saldo B.V.,

tegen

[gedaagde],

wonende te [woonplaats]

gedaagde,

gemachtigde: mr. C.E. van Dal.

Partijen zullen verder worden aangeduid als 'Ber' en '[gedaagde]'.

1. De procedure

Ber heeft bij dagvaarding gesteld en gevorderd als na te melden. [gedaagde] is in rechte verschenen en heeft een conclusie van antwoord genomen. Vervolgens is een comparitie van partijen gelast. Ber heeft bij schrijven van 23 oktober 2006 nadere producties ten behoeve van de comparitie in het geding gebracht. De comparitie heeft plaatsgevonden op 1 november 2006, alwaar namens Ber is [verschenen x], in zijn hoedanigheid van directeur. [gedaagde] is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde voornoemd. Daarna is vonnis bepaald. Onder de genoemde processtukken bevinden zich tevens de in die stukken nader aangeduide producties.

2. Het geschil

2.1. Ber vordert – zakelijk weergegeven – betaling door [gedaagde] van € 1.221,85, te vermeerderen met de rente conform artikel 6:119a BW over € 989,40 vanaf 20 februari 2006 tot aan de dag der algehele voldoening met veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten.

2.2. Ber legt hieraan het volgende ten grondslag.

[gedaagde] is met Ber via de website www.butterfly.nl een abonnement voor het

afnemen van erotische DVD's aangegaan. Hij is echter in de nakoming van zijn betalingsverplichtingen tekortgeschoten. De hoofdsom voortvloeiende uit de overeenkomst bedraagt € 989,40. [gedaagde] is tevens buitengerechtelijke incassokosten ad € 150,- verschuldigd alsmede rente, zijnde vanaf 27 april 2004 tot en met 20 februari 2006 € 82,45.

Ter toelichting voert Ber het volgende aan.

[gedaagde] heeft zich op de website www.butterfly.nl aangemeld. Op de homepage van www.butterfly.nl (productie 1 bij dagvaarding) is de volgende tekst vermeld:

“Butterfly dynamische erotische filmclub, die gespecialiseerd is in de samenstelling van movie boxen. Butterfly heeft voor haar leden maar liefst 24 delen geselecteerd. Ieder kwartaal ontvangt een lid automatisch een deel, te beginnen bij deel 1. Dit filmpakket bevat 4 fonkelnieuwe DVD's met een winkelwaarde van bijna 100 Euro. Butterflyleden betalen echter geen 100 Euro, maar 69,95 Euro voor dit totale pakket. Ieder nieuw lid ontvangt bij zijn/haar aanmelding bij onze filmclub een welkomstgeschenk ter waarde van 100 Euro.”

en

“wanneer u zich aanmeldt bij Butterfly, ontvangt u gratis en kosteloos (zonder verzendkosten) een welkomstgeschenk ter waarde van 100 Euro. U ontvangt dan ieder kwartaal een nieuw deel uit de unieke movieboxen verzameling van Butterfly. Deze dient u af te nemen en natuurlijk te betalen. De movieboxen hebben een waarde van 100 Euro per stuk en u als lid betaalt daar 69,95 Euro voor. Wilt u de spelregels raadplegen? Klik dan hier”

[gedaagde] heeft de button ‘meld je hier aan’ aangeklikt. Hij heeft daarna het beeld op zijn scherm gekregen dat BER als productie 2 bij dagvaarding heeft overgelegd. [gedaagde] heeft op deze pagina de algemene voorwaarden op zijn beeldscherm gekregen. Voorts staat er een duidelijke voetnoot op de pagina met de volgende tekst:

“De 4 films worden gratis toegestuurd. U heeft na uw bevestiging 14 dagen de tijd om te beslissen of u daadwerkelijk lid wilt worden. Mocht u ervan afzien en u heeft binnen deze periode de films reeds ontvangen, dan kunt u (mits ongeopend en voldoende gefrankeerd) deze zonder verdere verplichtingen terug sturen. Indien u besluit lid te worden, betaalt u € 15,- administratiekosten. Deze kosten worden met de eerste factuur, die u ontvangt bij de eerste kwartaalzending, verrekend.”

[gedaagde] heeft daarna de button ‘volgende’ aangeklikt. Hij heeft toen de pagina op zijn beeldscherm gekregen die als productie 4 is overgelegd. Op deze pagina heeft hij zijn naam, adres, woonplaats, geboortedatum en overige gegevens ingevuld. Op deze pagina is tevens vermeld:

“Door dit formulier te versturen verklaart u minimaal 18 jaar te zijn en kennis te hebben genomen van de algemene voorwaarden en daarmee akkoord te gaan.”

Uit de uitdraai van de database van Ber (productie 5 bij dagvaarding) blijken de door [gedaagde] achtergelaten persoonsgegevens.

[gedaagde] heeft vervolgens op de button ‘klik hier om te versturen’ geklikt.

Ber heeft daarop een bevestigingsbrief per reguliere post naar het huisadres van [gedaagde] gestuurd. In deze brief stond een unieke gebruikersnaam.

[gedaagde] heeft vervolgens wederom de website www.butterfly.nl bezocht en heeft op de homepage geklikt op de button ‘bevestig hier je aanmelding’. Hij kreeg daarop een pagina in beeld waarop hij onder andere zijn per post thuisgestuurde unieke gebruikersnaam heeft ingevuld. [gedaagde] heeft vervolgens op ‘bevestigen’ gedrukt. Daarna heeft hij de als productie 7 overgelegde pagina op zijn scherm gekregen.

Ber heeft daarop het welkomstgeschenk naar het adres van [gedaagde] gestuurd. Bij de aanmeldingsprocedure is gebruik gemaakt van een aan [gedaagde] toebehorende computer en ip-adres.

2.3. [gedaagde] heeft, kort weergegeven, het volgende aangevoerd.

[gedaagde] heeft nooit de website www.butterfly.nl bezocht en hij heeft geen overeenkomst met Ber gesloten. Hij heeft eenmaal gereageerd op een advertentie voor vier gratis erotische films op een startpagina, maar hij heeft deze films nooit ontvangen.

Medio april 2004 ontving [gedaagde] een filmpakket met een factuur. Aangezien hij dit niet besteld had, heeft [gedaagde] het pakket retour gestuurd. Ber heeft dit pakket echter geweigerd zodat het pakket weer bij [gedaagde] terecht kwam. Hierop heeft [gedaagde] het pakket met begeleidend schrijven van 29 april 2004 aangetekend aan Ber verstuurd. Uit deze brief blijkt duidelijk dat hij geen intentie had een overeenkomst met Ber te sluiten. Hierna heeft [gedaagde] geen filmpakket meer ontvangen, maar wel een factuur voor het geretourneerde pakket. Nu hij de website www.butterfly.nl nooit heeft bezocht, heeft [gedaagde] zich nooit aangemeld als lid en zijn de algemene voorwaarden evenmin van toepassing. Ook is de vereiste geboortedatum op voornoemde website niet doorgegeven zodat gedaagde een dergelijk aanvraagformulier niet had kunnen verzenden. Voor het geval wel een overeenkomst tot stand is gekomen roept [gedaagde] de vernietigbaarheid daarvan in op grond van artikel 6:227b BW. De algemene voorwaarden heeft [gedaagde] nooit gezien of ontvangen zodat deze niet van toepassing zijn. Voorts roept hij de vernietigbaarheid in van artikel 4 lid 2 en artikel 5 lid 4, aangezien deze artikelen onredelijk bezwarend zijn. Tevens is de hoofdsom niet gespecificeerd. Ten slotte maakt [gedaagde] bezwaar tegen de gevorderde buitengerechterlijke incassokosten en rente.

3. De beoordeling

3.1. Ter comparitie heeft de heer [x] verklaard dat er een link heeft bestaan van de website www.gratis.nl naar www.butterfly.nl, in die zin dat als men op www.gratis.nl klikt op de betreffende aanbieding, men terechtkomt op de site www.butterfly.nl en de pagina's zoals deze door Ber bij dagvaarding zijn overgelegd. Voorts heeft de heer [x] verklaard dat alle transacties zijn geregistreerd en dat [gedaagde] alle stappen op de verschillende pagina's van de site heeft doorlopen. Volgens de heer [x] is het onmogelijk dat [gedaagde] op een andere site zijn gegevens heeft achtergelaten.

De gratis DVD's zijn wel toegestuurd aan [gedaagde], aldus de heer [x]. De heer [x] toont een kopie van een code van PTT Post, welke volgens hem de code is die behoort bij het postpakket dat bij [gedaagde] is bezorgd.

Nadat [gedaagde] het door hem ontvangen filmpakket, met de brief van 29 april 2006, had teruggezonden, was duidelijk dat hij geen prijs meer stelde op toezending van de filmpakketten, dus dat is ook niet meer gebeurd, aldus de heer [x]. In de toepasselijke algemene voorwaarden is bepaald dat indien na 80 dagen na factuurdatum niet is betaald alle volgende kwartalen van het lidmaatschap in een keer opeisbaar zijn.

[gedaagde] heeft wel ook zijn geboortedatum opgegeven toen hij zich op de site aanmeldde. De heer [x] toont gegevens waaruit dat blijkt.

De gevorderde hoofdsom bestaat uit € 69,95 per kwartaal plus € 10,- verzendkosten, gedurende drie jaar, derhalve 12 kwartalen, alsmede € 15,- administratiekosten voor toezending van het welkomstpakket en € 15,- herinneringskosten, aldus de heer [x].

3.2. [gedaagde] heeft ter comparitie verklaard dat hij zich had aangemeld voor het gratis ontvangen van DVD's en dat het hem niet duidelijk was op welk moment hij iets zou moeten betalen en dat hij zich nooit ergens op heeft willen abonneren. Tevens heeft hij verklaard dat het mogelijk is dat hem een code is toegestuurd, maar dat hij niet meer weet wat hij daarmee heeft gedaan, daar hij zoveel codes voor toegang tot websites heeft. Voorts heeft hij verklaard dat hij de 4 gratis DVD's niet heeft ontvangen.

Volgens [gedaagde] heeft Ber erkend dat hij niet de wil had om een abonnement af te sluiten door geen filmpakket meer toe te sturen na de terugzending van het ontvangen eerste filmpakket.

Indien ervan wordt uitgegaan dat [gedaagde] wel een abonnement heeft gesloten, is het in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat er zoveel kwartalen moeten worden betaald, nu er slechts één maal een pakket is geleverd, aldus (de gemachtigde van) [gedaagde].

3.3. Nu [gedaagde] ter comparitie niet langer uitdrukkelijk heeft betwist dat hij een door Ber aan hem toegezonden gebruikersnaam/code heeft ingevuld op de website www.butterfly.nl en de mogelijkheid heeft opengelaten dat hij dat wel heeft gedaan, moet aangenomen worden dat hij zich heeft aangemeld op die site.

3.4. [gedaagde] heeft een beroep gedaan op de artikelen 7:46c en 7:46d BW. Ook indien zou moeten worden aangenomen dat aan een van de vereisten van artikel 7:46c BW niet is voldaan, heeft dat slechts – op de voet van artikel 7:46c BW – tot gevolg dat de termijn voor ontbinding van de overeenkomst wordt verlengd tot drie maanden. De overeenkomst is tot stand gekomen op 11 januari 2004, zo blijkt uit het overzicht van de aanmeldingsgegevens dat door Ber ten behoeve van de comparitie is toegezonden. De brief van [gedaagde] waarbij hij het door hem ontvangen pakket films terugzendt en waarin hij duidelijk maakt geen lid te zijn of te willen worden, dateert van 29 april 2004. In die brief is melding gemaakt van een eerdere terugzending van het pakket door [gedaagde] op 19 april 2004. Beide data vallen buiten de termijn van drie maanden na 11 januari 2004. Het beroep van [gedaagde] op deze artikelen moet daarom worden verworpen.

3.5. [gedaagde] heeft voorts een beroep gedaan op artikel 6:227b BW. Terecht heeft Ber opgemerkt dat de artikelen 6:227b en 6:227c BW – uitvloeisels van richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 – nog geen geldig recht waren op 11 januari 2004; deze artikelen zijn eerst op 30 juni 2004 in werking getreden. Ingevolge artikel 22 lid 1 van deze richtlijn had deze op 17 januari 2002 moeten zijn omgezet in nationaal recht. Ook indien, op de grond dat Nederland is tekortgeschoten in zijn verplichting om de richtlijn tijdig om te zetten, zou moeten worden aangenomen dat artikel 6:217 BW moet worden uitgelegd conform deze richtlijn, moet, op grond van de zijdens Ber verschafte en door [gedaagde] niet weersproken gegevens over de inhoud van de website www.butterfly.nl en de aanmeldingsprocedure, worden geoordeeld dat er een overeenkomst tussen partijen is totstandgekomen zonder strijd met de bepalingen van de richtlijn. Op de pagina's van de website is voldoende duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig informatie gegeven over de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt en op welk moment deze tot stand komt, welke verplichtingen de aanmelder aangaat en op welke wijze en binnen welke termijn hij de overeenkomst ongedaan kan maken. Het beroep van [gedaagde] op deze bepalingen wordt daarom verworpen.

3.6. Op het aanvraagformulier op de website is vermeld dat op alle leveringen en aanbiedingen de algemene voorwaarden van toepassing zijn, welke via deze site ook kunnen worden gelezen. Aangenomen kan daarom worden dat de door Ber gehanteerde algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst tussen partijen.

3.7. Het beroep op de vernietigbaarheid van artikel 4 lid 2 en artikel 5 lid 4 van de algemene voorwaarden wordt verworpen. De bepaling 'aanvragen van het welkomstgeschenk van Ber omvat mede de aanmelding als lid van Ber' (artikel 4 lid 2) is niet onredelijk bezwarend, nu uit de pagina's van de website blijkt dat het de aanmelder voldoende duidelijk moet zijn dat hij zich, door zich aan te melden, zowel opgeeft voor het welkomstgeschenk als aanmeldt als lid. Ook de bepaling 'opzegging van het lidmaatschap kan slechts schriftelijk plaatsvinden tegen het einde van een periode van één jaar, mits daarbij een opzegter-

mijn van drie maanden in acht wordt genomen' (artikel 5 lid 4) kan niet onredelijk bezwarend geoordeeld worden.

3.8. Het voorgaande brengt met zich dat [gedaagde] in beginsel het bedrag van € 69,95 per kwartaal aan Ber verschuldigd is vanaf april 2004, evenals het bedrag van € 15,- als aanmeldingskosten.

3.9. Uit het debat tussen partijen blijkt dat slechts één maal een filmpakket is toegezonden aan [gedaagde]. Dat betekent dat slechts één maal de verzendkosten van € 10,- verschuldigd zijn. Andere zendingen hebben immers niet plaatsgevonden, zodat Ber daarvoor ook geen kosten heeft gemaakt.

3.10. Voor het vorderen van het bedrag van € 69,95 per kwartaal gedurende 12 kwartalen, hoewel geen andere zendingen meer hebben plaatsgevonden, heeft Ber een beroep gedaan op artikel 9 lid 2 van de algemene voorwaarden, waarin is bepaald dat, indien na 80 dagen na factuurdatum niet is betaald, "ook alle volgende kwartalen welke nog voortvloeien uit het lidmaatschap in een keer opeisbaar zijn". Deze bepaling moet worden aangemerkt als een boetebeding als bedoeld in artikel 6:91 BW.

Volgens artikel 5 lid 1 van de algemene voorwaarden geldt het lidmaatschap voor de duur van een jaar te rekenen vanaf de eerste dag van de maand na ontvangst van het in artikel 4.3 bedoelde schriftelijke bericht van Ber en wordt het bij gebreke van tijdige opzegging overeenkomstig het in artikel 5.4 gestelde, telkens met een periode van een jaar verlengd.

Op basis van dit artikel 5 lid 1 kan niet worden bepaald hoeveel kwartalen "alle volgende kwartalen welke nog voortvloeien uit het lidmaatschap" omvatten. Het lidmaatschap duurt ten minste één jaar, maar wordt bij gebreke van tijdige opzegging steeds voortgezet voor een jaar. Aldus kan er in beginsel een onbepaald aantal kwartalen uit het lidmaatschap voortvloeien. De bepaling van artikel 9 lid 2 van de algemene voorwaarden leidt aldus niet tot een bepaalde boete.

3.11. Ber heeft ook niet nader onderbouwd waarom [gedaagde] op grond van de algemene voorwaarden betaling van het bedrag van 12 kwartalen verschuldigd is. Op het moment van dagvaarden, 22 mei 2006, waren ook nog geen drie jaar ofwel 12 kwartalen, doch slechts acht kwartalen verstreken sinds april 2004. Er is derhalve geen enkele grond aanwezig voor het vorderen van betaling voor 12 kwartalen.

3.12. Voorts is het volgende relevant. Het lidmaatschap geldt voor de duur van één jaar en eindigt na één jaar in geval van tijdige – dat wil zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden – opzegging. [gedaagde] heeft bij brief van 29 april 2004, derhalve meer dan drie maanden voor het eindigen van het eerste lidmaatschapsjaar, aan Ber uitdrukkelijk te kennen gegeven dat hij geen lid wil zijn. Ber heeft daaruit tot een opzegging van het lidmaatschap behoren te concluderen.

Het lidmaatschap van [gedaagde] heeft derhalve één jaar geduurd. Hij is dan niet meer dan voor vier kwartalen het bedrag van € 69,95 verschuldigd, zijnde € 279,80, alsmede € 10,- voor de toezending van het eerste pakket en € 15,- administratiekosten voor de aanmelding. In totaal is dan toewijsbaar € 304,80.

3.13. De wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW is niet toewijsbaar, aangezien niet is gesteld of gebleken dat [gedaagde] handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over genoemd bedrag is toewijsbaar vanaf de dag van dagvaarding, nu niet is gesteld of gebleken dat de verschuldigdheid van rente eerder is aangezegd.

3.14. Ber heeft haar vordering met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten onvoldoende onderbouwd. Kennelijk zijn geen ter zake relevante kosten gemaakt, dat wil zeggen andere kosten dan die ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak (zoals kosten van het zenden van aanmaningen en sommaties), waarvoor de veroordeling in de proceskosten een vergoeding pleegt in te houden. Gelet op navolgende overweging met betrekking tot de proceskosten is er daarom geen grond voor toewijzing van de vordering ter zake buitengerechtelijke kosten.

3.15. [gedaagde] zal, als de in belangrijke mate in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

4. De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt [gedaagde] tot betaling aan Ber van de somma van € 304,80, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf 22 mei 2006 tot aan de dag der voldoening;

veroordeelt [gedaagde] in de kosten van de procedure, aan de zijde van Ber tot op heden begroot op € 284,72, waarvan € 60,- als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast);

verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen door mr. J.H. Wiggers, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 november 2006.

Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2007
Domeinnaam is vermogensrecht
LJN-nummer AZ6522.

**Domeinnaam, vermogensrecht, conservatoir verhaalsbeslag,
conservatoir beslag tot afgifte, art. 3:6 BW**

Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat een domeinnaamregistratie in het onderhavige geval weldegelijk als vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW kan worden aangemerkt. De registratie van een domeinnaam en het daarop volgend gebruik van die naam kunnen ertoe strekken, en dat zal zeker hier het geval zijn waar de domeinnaam wordt gebruikt in het kader van ondernemingsactiviteiten van gedaagde, haar stoffelijk voordeel te verschaffen. Daarbij komt dat de bedoelde domeinnaam kennelijk ook voor eiser een vermogensrecht vertegenwoordigt, nu zij de daarop sterk gelijkende naam heeft gedeponeerd en als handelsnaam gebruikt en inbreuk op de daaraan te ontleen rechten als schadeveroorzakend aanmerkt. De door gedaagde gebruikte domeinnaam zal bovendien overdraagbaar zijn omdat de SIDN in de praktijk aan overdracht haar medewerking verleent.

Rekestnummer R200601439

BESCHIKKING VAN HET GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH,
zevende kamer, van 17 januari 2007,

gegeven in de zaak van:

[X.],
wonende te [woonplaats],
appellante,
verder te noemen: [X.],
advocaat: mr. C.J. van Dijk te Ede,
procureur: mr. J.E. Lenglet,

tegen

[Y.],
handelende onder de naam [A.],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
verder te noemen: [Y.],
in eerste aanleg en in hoger beroep niet opgeroepen, noch verschenen,

op het hoger beroep van de door de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch onder zaaknummer/ rekestnummer 148125/BP RK 06-1427 op verzoek van [X.] gegeven beschikking van 19 september 2006.

1. Het geding in eerste aanleg

1.1. Bij verzoekschrift, binnengekomen op de griffie van de rechtbank 's-Hertogenbosch op 15 september 2006, heeft [X.] verzocht haar verlof te verlenen conservatoir verhaalsbeslag en conservatoir beslag tot afgifte te leggen onder [Y.] op de internetdomeinnaam 'beautypartners.nl' die zij, [Y.], op 25 mei 2005 bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN) heeft doen registreren. Onder deze domeinnaam heeft [Y.] een website actief waarop schoonheids- en gezondheidsproducten aan het publiek worden aangeboden.

1.2. [X.] onderbouwt haar verzoek, met een verwijzing naar artikel 2.20 van het Benelux Verdrag voor de Intellectuele Eigendom (BVIE), stellende dat [Y.] met het gebruik van die domeinnaam inbreuk maakt op haar woordmerk 'beauty-partner' [zonder s], waartoe zij gerechtigd is krachtens depot bij het Benelux Bureau voor de Intellectuele Eigendom. Zij stelt voorts dat zij onder die naam, en die domeinnaam, vanaf 1 februari 2005 een onderneming drijft (een nagelsalon en mobiele dienstverlening voor make-up en hairstyling), zodat tevens sprake is van schending van artikel 5 Handelsnaamwet (Hnw). Ten slotte stelt zij dat er gegronde vrees (naar het hof begrijpt: voor verduistering, artikel 711 lid 1 Rv) bestaat dat [Y.], geconfronteerd met een vordering in kort geding tot afgifte van de domeinnaam, die naam aan derden zal overdragen, ten einde juridische acties te frustreren.

1.3. In de beschikking waarvan beroep heeft de voorzieningenrechter het verzoek afgewezen, overwegende:

Beslag op een domeinnaam (naam die door SIDN is geregistreerd en daardoor gekoppeld aan een IP-adres) is niet mogelijk omdat een domeinnaam als zodanig geen vermogensrecht is, noch een roerende zaak (...).

2. Het geding in hoger beroep

2.1. In het appelschrift met bijlagen heeft [X.] de (rechts)opvatting van de voorzieningenrechter bestreden en geconcludeerd tot vernietiging van de beschikking waarvan beroep en, kort gezegd, tot begroting van haar vordering op € 10.000,- en tot het verlenen van verlof tot verzekering van verhaal conservatoir beslag te leggen op de internetdomeinnaam 'beautypartners.nl' met uitvoerbaar verklaring van de beschikking op de minuut en op alle dagen en uren, met bepaling dat de eis in hoofdzaak moet worden ingesteld binnen 4 weken na het leggen van het beslag.

2.2. [Y.] is niet in kennis gesteld van het appel.

2.3. Mr. van Dijk heeft ter zitting van 10 januari 2007 het verzoek mondeling toegelicht en vragen aan de zijde van het hof beantwoord. Bij die gelegenheid werd uitspraak bepaald op heden.

3. De beoordeling

3.1. Vermogensrecht

3.1.1. Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat een domeinnaamregistratie in het onderhavige geval weldegelijk als vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW kan worden aangemerkt. De registratie van een domeinnaam en het daarop volgend gebruik van die naam kunnen ertoe strekken, en dat zal zeker hier het geval zijn waar de domeinnaam wordt gebruikt in het kader van ondernemingsactiviteiten van [Y.], haar stoffelijk voordeel te verschaffen. Daarbij komt dat de bedoelde domeinnaam kennelijk ook voor [X.] een vermogensrecht vertegenwoordigt, nu zij de daarop sterk gelijkende naam heeft gedeponeerd en als handelsnaam gebruikt en inbreuk op de daaraan te ontleen rechten als schadeveroorzakend aanmerkt.

3.1.2. De door [Y.] gebruikte domeinnaam zal bovendien overdraagbaar zijn omdat de SIDN in de praktijk aan overdracht haar medewerking verleent.

3.2. Verhaalsbeslag

3.2.1. Het verzoek om verlof te verlenen tot het leggen van verhaalsbeslag is evenwel in het onderhavige geval niet toewijsbaar. Zodanig beslag moet ertoe leiden dat de domeinnaam in beginsel in het openbaar verkocht zal gaan worden zodat [X.] zich uit de opbrengst kan voldoen. Het beroep van [X.] op de jegens een ieder te handhaven merken- en handelsrechtelijke bescherming van haar handels- en domeinnaam is niet verenigbaar met openbare verkoop en overdracht aan een derde van daarmee strijdige of verwarringscheppende namen.

3.2.2. Tevens is het hof van oordeel dat er onvoldoende vrees voor verduistering van de domeinnaam bestaat. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat de onderneming haar handelsnaam zal verduisteren, reeds omdat zulks zou meebrengen dat de onderneming in dat geval geen gebruik meer zou kunnen maken van die naam (in welk geval [X.] in zoverre een deel van haar doel ook heeft bereikt). De stelling van de advocaat van [X.] dat overdracht aan een derde kan plaatsvinden teneinde de rechten van zijn cliënte te frustreren of zich in de onmogelijkheid te plaatsen om aan een met een dwangsom versterkte veroordeling tot overdracht van de domeinnaam te voldoen, zal (theoretisch) kunnen opgaan, maar er bestaan gaan aanwijzingen dat deze situatie zich hier zal gaan voordoen.

3.3. Leveringsbeslag

3.3.1. In het petitum van het inleidend verzoekschrift en dat van het appelschrift wordt niet gerept over het leveringsbeslag. Onder punt 1 van appelschrift wordt vermeld dat het appel zich richt tegen zowel de afwijzing van het verlof tot het leggen van verhaalsbeslag als de afwijzing van het verlof tot het leggen van beslag tot afgifte. Ter zitting heeft de advocaat van [X.] aangegeven dat met de

formulering van het petitum niet is beoogd het verzoek te beperken tot verhaalsbeslag. Het hof kan de advocaat in deze uitleg volgen en het petitum aldus uitleggen (zoals de voorzieningenrechter ook al deed) dat tevens verlop verzocht wordt tot het leggen van leveringsbeslag.

3.3.2. Voor leveringsbeslag is het stellen en aannemelijk maken van enige vrees voor verduistering niet vereist, artikel 734 lid 4 Rv. Openbare verkoop en overdracht aan een derde zijn niet aan de orde. Naar het oordeel van het hof is summierlijk komen vast te staan dat [X.] recht en voldoende belang heeft bij het leggen van het beslag. Daartoe neemt het hof in overweging dat voorshands niet onaannemelijk is dat [Y.] in een procedure zal worden veroordeeld tot beëindiging van het gebruik van haar domeinnaam en tot het verlenen van medewerking aan de registratie van deze domeinnaam ten name van [X.]. Zij zal zich langs de weg van dit beslag de door haar verlangde zekerheid kunnen verschaffen (dat haar aanspraak niet zal kunnen worden gefrustreerd) terwijl het beslag voor [Y.] niet belastend is, in het bijzonder haar tijdens het geding niet zal belemmeren in de bedrijfsuitvoering.

3.4. Verdere beslissingen

3.4.1. Het verzoek tot uitvoerbaar verklaring van de beschikking op de minuut wordt afgewezen omdat [X.] daarbij geen belang heeft omdat haar een voor executie vatbare grosse wordt afgegeven. Het verzoek tot uitvoerbaar verklaring op alle dagen en uren wordt afgewezen omdat gesteld noch gebleken is dat het leggen van het beslag zo spoedeisend zou zijn dat beslaglegging op de toegestane dagen en uren niet mogelijk zou zijn of afgewacht zou kunnen worden.

3.4.2. Het hof zal bepalen dat de eis in hoofdzaak moet worden ingesteld binnen 4 weken na het leggen van het beslag, waarbij onder de hoofdzaak mede een kort geding verstaan kan worden.

4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt de beschikking waarvan beroep;

en opnieuw recht doende:

verleent [X.] verlop tot het leggen van leveringsbeslag op de domeinnaam 'beautypartners.nl' geregistreerd door en in gebruik bij [Y.];
wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;
bepaalt dat de eis in de hoofdzaak moet worden ingesteld binnen 4 weken na het leggen van het beslag.

Deze beschikking is gegeven door mrs. Den Hartog Jager, Schaafsma-Beverluis en Walstock en uitgesproken op 17 januari 2007.

Rechtbank Zwolle 14 maart 2007
Stokke vs. marktplaats
LJN-nummer BA4950

Doorgeven NAW-gegevens, veilingssite, auteursrecht, merkenrecht

Kinderstoelenfabrikant Stokke wil van advertentiesite Marktplaats.nl de NAW-gegevens van adverteerders die inbreukmakende producten aanbieden, en eist dat Marktplaats haar bedrijfsvoering aanpast zodat ze die gegevens ook verzamelt. In een eerder tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat van Marktplaats gevegd kan worden dat zij maatregelen treft die er op gericht zijn de schade van Stokke c.s. als gevolg van de inbreukmakende advertenties te voorkomen of te beperken, maar dat bij het antwoord op de vraag welke maatregelen passend zijn een afweging gemaakt dient te worden tussen de belangen van partijen, waarbij in hoge mate rekening gehouden dient te worden met de kosten van de maatregelen – die dienen beperkt te blijven – en de gevolgen van de maatregelen voor de bedrijfsvoering van Marktplaats. Op grond van het bovenomschreven criterium is de rechtbank, gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, van oordeel dat van Marktplaats niet gevegd kan worden dat zij de NAW-gegevens van haar adverteerders, dan wel van adverteerders van – kort gezegd – STOKKE producten verplicht hun NAW-gegevens op te geven.

Daarbij is het volgende van belang dat het belang van Stokke c.s. bij de opgave van de NAW-gegevens beperkt is, en het opvragen van NAW-gegevens van alle adverteerders niet van Marktplaats gevegd kan worden, gezien de gevolgen daarvoor voor de bedrijfsvoering van Marktplaats.

RECHTBANK ZWOLLE-LELYSTAD

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 106031 / HA ZA 05-211

Vonnis van 14 maart 2007

in de zaak van

1. de rechtspersoon naar het recht van Noorwegen
STOKKE AS,
gevestigd te Skodje (Noorwegen),
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
STOKKE NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Tilburg,
3. [eiser sub 3],

wonende te [plaats],
eisers,
procureur mr. J.A. van Wijmen,
advocaten mr. T. Cohen Jehoram en R.L.H.I. Schiphorst te Den Haag,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MARKTPLAATS B.V.,
gevestigd te Emmeloord,
gedaagde,
procureur mr. R.K.E. Buysrogge,
advocaat mr. Chr. A. Alberdingk Thijm te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Stokke c.s. en Marktplaats genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 3 mei 2006;
- de akte na tussenvonnis van Stokke c.s.;
- de akte uitlating tussenvonnis van Marktplaats;
- de antwoordakte na tussenvonnis van Stokke c.s.;
- de antwoordakte uitlating tussenvonnis van Marktplaats;
- de akte uitlating productie van Stokke c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De verdere beoordeling

Inleiding

2.1. In het tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat de Richtlijn en de Wbp niet in de weg staan aan het verzamelen en registreren door Marktplaats van de NAW gegevens van haar adverteerders, maar dat dit niet zonder meer betekent dat Marktplaats gehouden is om deze gegevens van adverteerders die de aanduidingen STOKKE of TRIPP TRAPP gebruiken te verzamelen. Marktplaats is daartoe alleen gehouden wanneer zij, in het licht van de door de rechtbank in de rechts-overwegingen 4.23 en 4.24 van het tussenvonnis omschreven toetsingskader onzorgvuldig handelt door registratie na te laten. Om te kunnen bepalen of dat het geval is heeft de rechtbank partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over enkele in het vonnis geformuleerde vragen.

2.2. Partijen hebben van de hun geboden gelegenheid (ruimschoots) gebruik gemaakt. De rechtbank zal eerst ingaan op de door haar gestelde vragen en op de

uiteenzettingen van partijen naar aanleiding van die antwoorden. Vervolgens zal zij mede aan de hand van deze uiteenzettingen de balans opmaken.

De vragen

2.3. De rechtbank heeft partijen allereerst gevraagd welke andere mogelijkheden Stokke c.s. hebben om op basis van het e-mailadres van de adverteerders op Marktplaats.nl de NAW gegevens van de inbreukmakende adverteerders te verkrijgen.

Marktplaats heeft gesteld dat de adverteerders naast een e-mailadres ook andere gegevens (in ieder geval hun postcode – dat is verplicht – en daarnaast – onverplicht – hun adres, telefoonnummer en volledige naam) opgeven. In “een significant aantal gevallen” worden dan ook meer gegevens dan het emailadres doorgegeven en door Marktplaats geregistreerd. Marktplaats is bereid deze gegevens desgevraagd aan Stokke c.s. te verstrekken.

Wanneer alleen het e-mailadres bekend is, kunnen Stokke c.s. middels contact via het opgegeven e-mailadres proberen de adresgegevens te achterhalen. Lukt dat niet, dan kan identificatie volgens Marktplaats plaatsvinden middels de internet-provider, het bedrijf dat of de instelling die het adres beschikbaar heeft gesteld dan wel de aanbieder van web e-mail. Marktplaats wijst er in dat kader op dat deze derden op grond van het arrest Lycos-Pessers onder bepaalde voorwaarden verplicht zijn de gegevens op een daartoe gedaan verzoek te verstrekken.

2.4. Stokke c.s. hebben gesteld dat in gevallen waarin alleen het e-mailadres bekend is, het uitermate tijdrovend en onpraktisch is om middels de provider of een andere derde te proberen de NAW gegevens te verkrijgen. In dat kader hebben zij er op gewezen dat providers overal gevestigd kunnen zijn, dus ook “in de meest exotische jurisdicties”. De door Marktplaats vermelde alternatieve mogelijkheden om de adresgegevens van inbreukmakende adverteerders te verkrijgen vormen dan ook geen reële optie. Volgens Stokke is het geen simpele en reële mogelijkheid dat zij biedingen doet naar aanleiding van inbreukmakende advertenties om zo de NAW-gegevens van de adverteerders te bemachtigen.

2.5. De rechtbank volgt Stokke c.s. in hun betoog dat in situaties waarin alleen een e-mailadres aanwezig is en waarin de adverteerder weigert, na daartoe via de e-mail verzocht te zijn, zijn NAW gegevens beschikbaar te stellen, het uitermate omslachtig, en daardoor nagenoeg ondoenlijk is, om via een derde, zoals als een internetprovider, te proberen de NAW-gegevens van de desbetreffende adverteerder te achterhalen. In dit kader is van belang dat de verantwoordelijkheid van die derde voor eventuele inbreukmakende handelingen van de adverteerder, die van de door de derde geboden internetdiensten gebruik maakt, beperkt is. De diensten van die derde zijn instrumenteel aan het (secundaire) inbreukmakende handelen door particulieren. De rechtbank verwijst naar hetgeen zij in rechtsoverweging 4.17 van het tussenvonnis over de diensten van Marktplaats heeft overwogen. De diensten staan in een nog verder verwijderd verband van dat handelen dan de door

Marktplaats geboden diensten. Dat Marktplaats Stokke c.s. naar die derden verwijst, is dan ook geen reële optie.

2.6. Marktplaats heeft er echter ook op gewezen dat de kans klein is dat een adverteerder zal weigeren zijn NAW-gegevens te verstrekken wanneer met hem contact wordt opgenomen naar aanleiding van een advertentie. Dat het voor Stokke c.s. niet goed mogelijk zou zijn om via het uitbrengen van biedingen de NAW-gegevens te verkrijgen, zoals zij stellen, hebben Stokke c.s. onvoldoende onderbouwd. Zonder nadere toelichting, die echter ontbreekt, valt niet goed in te zien waarom het voor Stokke c.s. niet betrekkelijk eenvoudig zou zijn om, zoals Marktplaats suggereert, naar aanleiding van een inbreukmakende advertentie een bod uit te brengen om zo de NAW-gegevens van de adverteerder te verkrijgen. Dat het Stokke c.s. te veel moeite zou kosten om op een dergelijke wijze op inbreukmakende advertenties te reageren, is gesteld noch gebleken. Dat een dergelijke actie niet in veel gevallen effectief zou zijn, is evenmin aannemelijk geworden. De adverteerder zal de gegevens toch ook in het kader van de effectuering van een eventueel tot stand gebrachte koopovereenkomst moeten verstrekken.

2.7. De slotsom is dan ook dat Stokke c.s. reële mogelijkheden heeft om zelf via het e-mailadres in de advertentie de NAW-gegevens te achterhalen. In gevallen waarin het beoogde resultaat niet wordt bereikt, is het voor Stokke c.s. wel moeilijk om, middels derden, de NAW-gegevens te verkrijgen.

2.8. De rechtbank heeft partijen ook gevraagd aan te geven hoe vaak het in de afgelopen jaren is voorgekomen dat Stokke c.s. de NAW-gegevens van inbreukmakende adverteerders niet hebben kunnen achterhalen.

Volgens Stokke c.s. heeft zij vanaf medio 2003 vele honderden inbreukmakende advertenties (onder meer) van Marktplaats.nl laten verwijderen. Stokke c.s. maakten daartoe lange tijd gebruik van de “Tip the webmaster” optie. Naast deze verwijdering hebben Stokke c.s., stellen zij, ook individuele inbreukmakers – veelal veelplegers en professionele handelaren – gesommeerd door een e-mail met een sommatiebrief te versturen naar het gecodeerde e-mailadres dat beschikbaar was via de website van Marktplaats. In de periode van het najaar van 2004 tot aan de zomer van 2005 betrof het 35 sommaties. Van 24 van de aangeschreven adverteerders ontvingen Stokke c.s. de gewenste onthoudingsverklaring. De overige 11 reageerden niet. Stokke c.s. zouden niet beschikken over de NAW-gegevens van deze adverteerders. Stokke c.s. benadrukken dat inbreukmakende advertenties geregeld worden herplaatst, vaak onder een andere naam.

2.9. Marktplaats heeft gesteld dat Stokke c.s. slechts vijf keer gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om op basis van de Personal Information Agreement identificerende informatie over een bepaalde adverteerder op te vragen. Het is haar niet bekend in hoeveel van die vijf gevallen Stokke c.s. op basis van de verstrekte informatie de NAW-gegevens hebben kunnen achterhalen. Volgens Marktplaats is het maar de vraag in hoeverre Stokke c.s., gelet op deze en de door

Stokke c.s. zelf verstrekte, informatie oprecht geïnteresseerd is in de NAW-gegevens van de inbreukmakers.

2.10. De rechtbank stelt vast dat uit de door Stokke c.s. zelf verstrekte gegevens volgt dat zij in een periode van driekwart jaar in 35 gevallen aanleiding hebben gezien om het niet te laten bij het verwijderen van de inbreukmakende advertentie, maar om ook tegen de adverteerder op te treden. Dat heeft in 24 gevallen tot het gewenste resultaat geleid en in 11 gevallen – 15 op jaarbasis – niet. Onduidelijk is wat de relatie is tussen deze gevallen en die waarin een beroep is gedaan op de Personal Information Agreement.

Wanneer wordt uitgegaan van, volgens informatie van Stokke c.s., vele honderden inbreukmakende advertenties, hebben zij slechts bij een gering deel van deze advertenties aanleiding gezien om actie te ondernemen tegen de adverteerders en hebben deze acties in 1/3 deel van deze gevallen, een klein deel van het totale aantal inbreukmakende advertenties derhalve, geen resultaat gehad. Naar het oordeel van de rechtbank kan er dan ook niet van worden uitgegaan dat Stokke c.s. veel belang hebben bij het met behulp van NAW-gegevens bestrijden van inbreukmakende adverteerders. Wanneer Stokke c.s. daar wel veel belang bij hebben, hebben zij in elk geval onvoldoende toegelicht waarom zij daar in het verleden weinig belang aan hebben gehecht.

2.11. De rechtbank heeft partijen ook de vraag voorgelegd of het mogelijk is om de procedure voor het plaatsen van een advertentie zo te wijzigen dat iedere adverteerder, dan wel iedere adverteerder die de aanduidingen STOKKE en/of TRIPP TRAPP gebruikt, zijn NAW gegevens dient op te geven. Tevens heeft zij gevraagd naar de tijd die gemoeid is met het doorvoeren van deze wijziging en naar de daarmee gemoeide kosten. Partijen hebben zich bij de beantwoording van deze vragen elk beroepen op een rapport van partijdeskundigen. De rechtbank zal deze rapporten en de daarop gebaseerde standpunten van partijen thans bespreken.

2.12. Stokke c.s. hebben zich beroepen op een rapport van dr. ir. W. Kraay en ir. F.W. Bomhof van TNO. Zij komen tot de volgende conclusies:

“Vraag c):

- het is goed mogelijk om de procedure voor het plaatsen van advertenties zo te wijzigen dat iedere adverteerder zijn NAW-gegevens dient op te geven;
- ook is het mogelijk om die verplichting alleen (automatisch) toe te passen voor advertenties waarin de aanduidingen Stokke, Tripp Trapp of vergelijkbare termen voorkomen; advertenties met deze aanduidingen kunnen behoorlijk nauwkeurig onderscheiden worden, ook als er gebruik gemaakt wordt van alternatieve spellingen;
- daarnaast zijn er mogelijkheden om (achteraf) uit patronen van geplaatste advertenties mogelijk professioneel handelen te detecteren.

Vraag d):

- in principe is het in de uitvraagprocedure van een website inbouwen van verplichte invoer van NAW-gegevens van adverteerders niet complex;
- het daarbij inbouwen van een detector die alleen op specifieke aanduidingen reageert is goed mogelijk;
- de hiermee gemoeide tijd (en daarmee kosten) zijn mede afhankelijk van de architectuur van het betrokken systeem en hangen ook af van wat er nog meer met de NAW-gegevens moet gebeuren, benodigde software-modules voor tekstanalyse zijn gratis beschikbaar;”

2.13. Marktplaats heeft het rapport van TNO voorgelegd aan prof. H. Sips en dr. J. Pouwelse van de TU Delft. Over de vraag of het mogelijk is om de procedure van Marktplaats zo te wijzigen dat NAW-gegevens opgegeven moeten worden bij het plaatsen van een advertentie met daarin de woorden TRIPP TRAPP en/of STOKKE schrijven zij onder meer:

“It is challenging to provide effective automated filtering. Simple keywords filtering on keywords such as : “Stokke, Tripp Trapp, Tripp-Trap, Trip-Trap, Tripptrap” will be ineffective, even when augmented with semantic nearness algorithms. We agree with TNO-ICT that building such a keyword-filter is easy. However, it will not work under operational Marktplaats.nl conditions. The reason is that once implemented there will be a strong motivation amongst professional illegitimate advertisers to test, understand, and bypass this technical measure. This problem is somewhat similar to the difficult ongoing efforts to filter e-mail spam. We are confident that within a few weeks such a simple automated keyword filter would be cracked and its limits published on underground message boards. Our expertise of operational websites leads us to conclude that an effective fully-automated solution is currently beyond the state of science. Therefore, a semi-automated filtering solution is required. Not only text filtering is problematic. The photo comparison possibilities as mentioned bij TNO-ICT will suffer the same fate for the same reason. Note that photo comparison technology is still very immature and erroneous. An automated and effective solution is far beyond the capability of current science.”

Over de vraag hoeveel tijd en kosten met de aanpassingen gemoeid zijn schrijven Sips en Pouwelse:

“The daily volume of 91,000 advertisements must therefore be checked by a semi-automated filtering system. Manpower is needed to both guard, maintain, and update the filtering keywords, as well as for the filter software updates. Furthermore, a procedure would be required to allow other external parties besides Stokke to suggest filtering keywords to marktplaats.nl and manpower to handle this correctly. For example, a Marktplaats.nl expert would

need to decide if a suggested new keyword is correct and effective or too broad and will yield too many false positives.”

2.14. Volgens Marktplaats zou een wijziging die er op neer komt dat al haar adverteerders hun NAW-gegevens dienen te verstrekken leiden tot een forse omzetsdaling. Een groot deel van de adverteerders zou gedurende de procedure beslissen om maar geen advertentie te plaatsen. De wijziging zou € 80.000,- aan arbeidskosten met zich meebrengen (inclusief 20 werkdagen ten behoeve van het ontwerpen van de benodigde software) en € 100.000,- aan extra servercapaciteit kosten. Vanwege de niet-beschikbaarheid gedurende 20 dagen van de werknemers in verband met het wijzigen van de procedures zou Marktplaats een omzetverlies van minimaal € 600.000,- lijden.

De kosten van het invoeren van een filter zouden volgens Marktplaats nog veel hoger zijn. Het ontwerpen en plaatsen van het filter zou 200 werkdagen kosten en € 850.000,- kosten. De omzetsderving zou, in verband met die 200 dagen, minimaal € 6.000.000,- bedragen. Daar komen de kosten van het loon van een fulltime medewerker voor het up-to-date houden van het filter, € 80.000,- per jaar volgens Marktplaats, nog bij.

2.15. Stokke c.s. hebben deze opgave weersproken. Zij hebben daartoe een e-mail van de heer Bomhof van TNO in het geding gebracht. In deze e-mail relateert Bomhof de stellingen van Marktplaats over de kosten. Bomhof wijst in dat kader onder meer op de aanwezigheid van goede Open Source software.

2.16. Uit hetgeen partijen over en weer gesteld hebben en uit de aan hun stellingen ten grondslag gelegde rapporten volgt dat het technisch mogelijk is om de advertentie-procedure zo te wijzigen dat iedere adverteerder zijn NAW-gegevens dient op te geven. Marktplaats heeft haar stelling dat een dergelijke aanpassing hoge kosten met zich brengt, zeker in het licht van de relativerende kanttekeningen van ir. Bomhof, onvoldoende onderbouwd. Volgens Bomhof rekent Marktplaats, uitgaande van de uurtarieven in de ICT-branche, op minimaal 600 uur werk, terwijl een dergelijke aanpassing naar zijn ervaring voor een aanmerkelijk lager bedrag te realiseren is. Bovendien is onduidelijk op grond waarvan het niet beschikbaar zijn gedurende 20 dagen van werknemers tot een omzetverlies van € 600.000,- zou leiden. Zonder nadere toelichting, die echter ontbreekt, valt niet in te zien waarom de afwezigheid van enkele werknemers niet door andere (eventueel tijdelijk ingehuurde) medewerkers kan worden opgevangen, terwijl evenmin duidelijk is dat en waarom sprake is van een rechtstreeks verband tussen het niet beschikbaar zijn van bepaalde werknemers en het wegvallen van omzet (die immers primair door de adverteerders wordt gerealiseerd).

Ook haar stelling over de omvang van de kosten van extra servercapaciteit heeft Marktplaats onvoldoende onderbouwd. Bomhof heeft gemotiveerd uiteengezet dat de servercapaciteit met hooguit 1% behoeft toe te nemen. Een bedrag van € 100.000,- voor een dergelijke toename is volgens Bomhof “aan de hoge kant”.

2.17. Het bovenstaande neemt niet weg dat wel aannemelijk is geworden dat met de invoering van een dergelijke wijziging, inhoudende dat alle adverteerders hun NAW-gegevens dienen op te geven, kosten van meer dan verwaarloosbare omvang gemoeid zijn. Tevens is aannemelijk dat de wijziging kan leiden tot omzetverlies doordat potentiële klanten tijdens het doorlopen van de procedure zullen afhaken.

2.18. Dat het mogelijk is om de procedure zo te wijzigen dat alleen bij advertenties met de aanduiding “Stokke”, “Tripp Trapp” of vergelijkbare woorden de NAW-gegevens opgegeven hoeven te worden, volgt uit het rapport van TNO. De door Marktplaats ingeschakelde deskundigen hebben deze bevinding uit het rapport onvoldoende weerlegd. Weliswaar kan uit hun rapport worden opgemaakt dat een dergelijke procedure door kwaadwillende adverteerders kan worden omzeild, maar dat neemt niet weg dat de – weliswaar niet waterdichte – procedure wel ingevoerd zou kunnen worden. Van relevante technische belemmeringen is geen sprake. De rechtbank gaat daar dan ook van uit.

2.19. Dat met de invoering van deze procedure kosten gemoeid zijn, is eveneens gebleken. Daarbij is van belang dat er, anders dan Stokke c.s. betogen, niet van kan worden uitgegaan dat het filter dat nodig is om deze procedure in te voeren op basis van (gratis) Open Source software geïmplementeerd kan worden. Daargelaten of het incorporeren van Open Source software in de eigen software van Marktplaats is toegestaan – partijen verschillen daarover van mening – en of Marktplaats als tegenprestatie voor het gebruik van de Open Source software al haar eigen software (haar “kroonjuwelen”, zoals ze dat zelf omschrijft) of slechts dat deel dat van de eigen software dat verband houdt met het filter beschikbaar moet stellen voor anderen, duidelijk is dat met het in gebruik nemen, incorporeren in de eigen software en aanpassen aan de eigen wensen van Open Source software ook de nodige kosten gemoeid zijn en dat er ook bezwaren aan verbonden zijn. De keuze van Marktplaats om indien zij verplicht zou worden een filter te plaatsen geen gebruik te maken van Open Source software is, gelet op de cruciale betekenis voor Marktplaats van haar software, dan ook een alleszins gerechtvaardigde keuze.

Marktplaats maakt melding van zeer hoge kosten. Zij heeft haar stellingen op dit punt echter nauwelijks onderbouwd. De rechtbank kan er dan ook niet vanuit gaan dat de ontwerpkosten van het filter € 850.000,- bedragen en de kosten van het onderhoud € 80.000,- per jaar. Het bedrag aan ontwerpkosten is nauwelijks onderbouwd. Zo ontbreekt een urespecificatie aan de hand van een omschrijving van het te verrichten werk. Het exorbitante bedrag van € 6.000.000,- aan omzetverlies is al helemaal niet onderbouwd. Dat het filter tot enig extra onderhoud zal leiden, komt de rechtbank aannemelijk voor, maar dat Marktplaats een fulltime medewerker, die ook nog eens € 80.000,- op jaarbasis kost, nodig zal hebben om het onderhoud te verrichten, acht de rechtbank uitermate onaannemelijk. Daarbij is van belang dat de rechtbank met Stokke c.s. de kans dat potentiële adverteer-

ders zich veel moeite zullen getroosten om het filter te ontduiken, gelet op de belangen van die adverteerders, niet hoog inschat.

De slotsom is dat aannemelijk is dat met het ontwerpen en implementeren van een adequaat filter een bedrag van enige omvang gemoeid is, ook omdat van Marktplaats niet verwacht kan worden dat zij met Open Source software werkt, en dat het onderhoud van het filter ook wat extra kosten met zich zal brengen, maar dat de door Marktplaats in dat kader genoemde bedragen weinig realistisch zijn, zodat niet van die bedragen kan worden uitgegaan.

2.20. De rechtbank heeft partijen tenslotte de vraag voorgelegd welke mogelijkheden Marktplaats heeft om de opgevraagde NAW-gegevens te controleren. Uit hetgeen partijen en hun deskundigen hierover naar voren hebben gebracht, volgt dat het deugdelijk controleren van NAW-gegevens, als het al mogelijk is, in de praktijk op basis van de thans beschikbare middelen enige dagen duurt. Dat betekent dat niet van Marktplaats gevergd kan worden dat zij vooraf, derhalve voordat de advertentie daadwerkelijk geplaatst wordt, verifieert of de verstrekte NAW-gegevens correct zijn. Er zou dan teveel tijd liggen tussen de opgave en de plaatsing van de advertentie. De controle zou dan ook achteraf, derhalve nadat de advertentie geplaatst is, (door Stokke c.s.) moeten plaatsvinden. Er kan dan ook pas achteraf worden vastgesteld of de adverteerder onjuiste NAW-gegevens heeft opgegeven. Wanneer dat het geval blijkt te zijn, beschikken Stokke c.s. slechts over het e-mailadres van de desbetreffende adverteerder.

2.21. In de nu bestaande situatie, waarin Stokke c.s. slechts beschikt over het e-mailadres van de adverteerders, reageert ongeveer 2/3 deel van de op het e-mailadres aangeschreven adverteerders op de sommatie van Stokke c.s. (rechtsoverweging 2.6.). Wanneer een filter zou worden ingevoerd, zou Stokke (ook) over de NAW-gegevens van de andere adverteerders beschikken en hen met behulp van die gegevens kunnen aanschrijven, maar alleen wanneer de opgegeven gegevens correct zijn. Wanneer ze niet correct blijken te zijn, kunnen Stokke c.s. deze adverteerders alleen via het opgegeven e-mailadres bereiken. De rechtbank acht het waarschijnlijk dat juist die adverteerders die op grotere schaal en (semi) professioneel inbreukmakende stoelen te koop aanbieden, de recidivisten, eerder geneigd zullen zijn onjuiste NAW-gegevens op te geven. De kans is dan ook aanzienlijk dat Stokke c.s. de correcte NAW-gegevens van juist deze adverteerders niet door middel van het filter zal verkrijgen.

Conclusies

2.22. In het tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat van Marktplaats gevergd kan worden dat zij maatregelen treft die er op gericht zijn de schade van Stokke c.s. als gevolg van de inbreukmakende advertenties te voorkomen of te beperken, maar dat bij het antwoord op de vraag welke maatregelen passend zijn een afweging gemaakt dient te worden tussen de belangen van partijen, waarbij in hoge mate rekening gehouden dient te worden met de kosten van de maatregelen.

len – die dienen beperkt te blijven – en de gevolgen van de maatregelen voor de bedrijfsvoering van Marktplaats.

2.23. Op grond van het bovenomschreven criterium is de rechtbank, gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, van oordeel dat van Marktplaats niet gevegd kan worden dat zij de NAW-gegevens van haar adverteerders, dan wel van adverteerders van – kort gezegd – STOKKE producten verplicht hun NAW-gegevens op te geven. Daarbij is het volgende van belang:

- Het belang van STOKKE c.s. bij de opgave van de NAW-gegevens is beperkt. Stokke c.s. hebben in het verleden, toen de NAW-gegevens nog niet bekend waren, een betrekkelijk gering aantal adverteerders aangesproken op inbreukmakende advertenties. Van de via het e-mailadres aangesproken adverteerders konden Stokke c.s. toen al 2/3 deel bereiken. Dit aandeel zou nog verhoogd kunnen worden, wanneer Stokke c.s. eerst door middel van het doen van een bod de NAW-gegevens van de adverteerders zouden proberen te bemachtigen. Het is bovendien maar de vraag of Stokke c.s. de adverteerders die ze thans niet betrekkelijk eenvoudig kunnen bereiken, wel zullen kunnen bereiken wanneer zij, zoals zij wensen, over de opgegeven NAW-gegevens van deze adverteerders beschikken, omdat deze gegevens niet goed voorafgaand aan het plaatsen van de advertentie te controleren zijn. Dat betekent dat niet te verwachten is dat Stokke c.s. ook na de door hen voorgestane wijziging over de juiste gegevens van alle adverteerders beschikken.
- Het opvragen van NAW-gegevens van alle adverteerders kan niet van Marktplaats gevegd worden, gezien de gevolgen daarvan voor de bedrijfsvoering van Marktplaats. In een eerder stadium van de procedure heeft Marktplaats al op overtuigende wijze uiteengezet dat en waarom zij er nu juist voor gekozen heeft om geen NAW-gegevens van al haar adverteerders op te vragen.
- Ofschoon Marktplaats de kosten die gemoeid zijn met het plaatsen van een filter naar het oordeel van de rechtbank (fors) heeft overdreven, moet er, mede gezien hetgeen door de deskundigen van Stokke c.s. over de kosten is opgemerkt, van worden uitgegaan dat met het implementeren van de filter een meer dan verwaarloosbaar bedrag gemoeid is. Daarbij is van belang dat Marktplaats er terecht op heeft gewezen dat zij wanneer zij jegens Stokke c.s. verplicht is de NAW-gegevens te verzamelen zij een dergelijke verplichting ook jegens andere gerechtigden op intellectuele eigendomsrechten heeft.
- Het betrekkelijk geringe belang van Stokke c.s. bij het verkrijgen van de NAW-gegevens weegt niet op tegen het (vooral) financiële belang van Marktplaats om geen filter te plaatsen ter verkrijging van die gegevens.

2.24. Uit het bovenstaande volgt dat de vorderingen sub c en i van Stokke c.s. niet toewijsbaar zijn. In het tussenvonnissen heeft de rechtbank reeds overwogen en beslist dat ook de overige vorderingen niet toewijsbaar zijn. Alle vorderingen van Stokke c.s. zullen derhalve worden afgewezen.

2.25. Stokke c.s. zijn volledig in het ongelijk gesteld. De rechtbank zal hen dan ook in de proceskosten veroordelen. Deze kosten worden als volgt berekend:

Griffierecht	€ 650,-
Salaris procureur (tarief III, 5,5 punten)	€ 2.894,50 +
	€ 3.544,50

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. wijst de vorderingen af;

3.2. veroordeelt Stokke c.s. in de proceskosten en bepaalt deze kosten, voor zover tot op heden aan de zijde van Marktplaats gevallen, op € 3.544,50;

3.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad

Dit vonnis is gewezen door mr. J.W.F. Houthoff, mr. H. de Hek en mr. H. Vegter en in het openbaar uitgesproken op 14 maart 2007.

EHRM 3 april 2007
Case of Copland v. The United Kingdom
Application no. 62617/00

Internet op het werk, privacy, reasonable expectation of privacy, art. 8 EVRM

The applicant was employed at a college, and worked closely with the Deputy Principal ("DP"). During her employment, the applicant's telephone, e-mail and internet usage were subjected to monitoring at the DP's instigation. According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are prima facie covered by the notions of "private life" and "correspondence" for the purposes of Article 8 § 1. It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage. The applicant in the present case had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore she had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone. The same expectation should apply in relation to the applicant's e-mail and internet usage. As there was no domestic law regulating monitoring at the relevant time, the interference in this case was not "in accordance with the law" as required by Article 8 § 2 of the Convention.

FOURTH SECTION
CASE OF COPLAND v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 62617/00)

JUDGMENT

STRASBOURG 3 April 2007

In the case of Copland v. the United Kingdom,
The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber
composed of:

Mr J. CASADEVALL, President,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr G. BONELLO,

Mr R. MARUSTE,

Mr S. PAVLOVSKI,

Mr L. GARLICKI,

Mr J. BORRERO BORRERO, judges,

and Mr T.L. EARLY, Section Registrar,

Having deliberated in private on 7 March 2006 and on 13 March 2007,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last mentioned date:

Procedure

1. The case originated in an application (no. 62617/00) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by Ms Lynette Copland.

2. The applicant was represented before the Court by Mr James Welch of Liberty, a non-governmental civil rights organisation based in London. The United Kingdom Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr J. Grainger of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant complained about the monitoring of her telephone calls, e-mail correspondence and internet usage under Articles 8 and 13.

4. By a decision of 7 March 2006, the Court declared the application partly admissible.

5. The applicant, but not the Government, filed further written observations (Rule 59 § 1).

The facts

I. The Circumstances Of The Case

6. The applicant was born in 1950 and lives in Llanelli, Wales.

7. In 1991 the applicant was employed by Carmarthenshire College ("the College"). The College is a statutory body administered by the State and possessing powers under sections 18 and 19 of the Further and Higher Education Act 1992 relating to the provision of further and higher education.

8. In 1995 the applicant became the personal assistant to the College Principal ("CP") and from the end of 1995 she was required to work closely with the newly appointed Deputy Principal ("DP").

9. In about July 1998, whilst on annual leave, the applicant visited another campus of the College with a male director. She subsequently became aware that the DP had contacted that campus to enquire about her visit and understood that he was suggesting an improper relationship between her and the director.

10. During her employment, the applicant's telephone, e-mail and internet usage were subjected to monitoring at the DP's instigation. According to the Government, this monitoring took place in order to ascertain whether the applicant was making excessive use of College facilities for personal purposes. The Government stated that the monitoring of telephone usage consisted of analysis of the college telephone bills showing telephone numbers called, the dates and times of the calls and their length and cost. The applicant also believed that there had been detailed and comprehensive logging of the length of calls, the number of calls received and made and the telephone numbers of individuals calling her. She stated that on at least one occasion the DP became aware of the name of an individual with whom she had exchanged incoming and outgoing telephone calls. The Government submitted that the monitoring of telephone usage took place for a few months up to about 22 November 1999. The applicant contended that her telephone usage was monitored over a period of about 18 months until November 1999.

11. The applicant's internet usage was also monitored by the DP. The Government accepted that this monitoring took the form of analysing the web sites visited, the times and dates of the visits to the web sites and their duration and that this monitoring took place from October to November 1999. The applicant did not comment on the manner in which her internet usage was monitored but submitted that it took place over a much longer period of time than the Government admit.

12. In November 1999 the applicant became aware that enquiries were being made into her use of e-mail at work when her step-daughter was contacted by the

College and asked to supply information about e-mails that she had sent to the College. The applicant wrote to the CP to ask whether there was a general investigation taking place or whether her e-mails only were being investigated. By an e-mail dated 24 November 1999 the CP advised the applicant that, whilst all e-mail activity was logged, the information department of the College was investigating only her e-mails, following a request by the DP.

13. The Government submitted that monitoring of e-mails took the form of analysis of e-mail addresses and dates and times at which e-mails were sent and that the monitoring occurred for a few months prior to 22 November 1999. According to the applicant the monitoring of e-mails occurred for at least six months from May 1999 to November 1999. She provided documentary evidence in the form of printouts detailing her e-mail usage from 14 May 1999 to 22 November 1999 which set out the date and time of e-mails sent from her e-mail account together with the recipients' e-mail addresses.

14. By a memorandum dated 29 November 1999 the CP wrote to the DP to confirm the contents of a conversation they had had in the following terms:

“To avoid ambiguity I felt it worthwhile to confirm my views expressed to you last week, regarding the investigation of [the applicant's] e-mail traffic. Subsequent to [the applicant] becoming aware that someone from [the College] had been following up her e-mails, I spoke to [ST] who confirmed that this was true and had been instigated by yourself. Given the forthcoming legislation making it illegal for organisations to examine someone's e-mail without permission, I naturally felt concerned over recent events and instructed [ST] not to carry out any further analysis. Furthermore, I asked you to do likewise and asked that any information you have of concern regarding [the applicant] be forwarded to me as a matter of priority. You indicated that you would respond positively to both requests, whilst re-affirming your concerns regarding [the applicant].”

15. There was no policy in force at the College at the material time regarding the monitoring of telephone, e-mail or internet use by employees.

16. In about March or April 2000 the applicant was informed by other members of staff at the College that between 1996 and late 1999 several of her activities had been monitored by the DP or those acting on his behalf. The applicant also believed that people to whom she had made calls were in turn telephoned by the DP, or those acting on his behalf, to identify the callers and the purpose of the call. She further believed that the DP became aware of a legally privileged fax that was sent by herself to her solicitors and that her personal movements, both at work and when on annual or sick leave, were the subject of surveillance.

17. The applicant provided the Court with statements from other members of staff alleging inappropriate and intrusive monitoring of their movements. The applicant, who is still employed by the College, understands that the DP has been suspended.

II. Relevant domestic law

A. Law of privacy

18. At the relevant time there was no general right to privacy in English law.

19. Since the implementation of the Human Rights Act 1998 on 2 October 2000, the courts have been required to read and give effect to primary legislation in a manner which is compatible with Convention rights so far as possible. The Act also made it unlawful for any public authority, including a court, to act in a manner which is incompatible with a Convention right unless required to do so by primary legislation, thus providing for the development of the common law in accordance with Convention rights. In the case of *Douglas v Hello! Ltd* ([2001] 1 WLR 992), Sedley LJ indicated that he was prepared to find that there was a qualified right to privacy under English law, but the Court of Appeal did not rule on the point.

20. The Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (“the 2000 Act”) provided for the regulation of, inter alia, interception of communications. The Telecommunications (Lawful Business Practice) Regulations 2000 were promulgated under the 2000 Act and came into force on 24 October 2000. The Regulations set out the circumstances in which employers could record or monitor employees’ communications (such as e-mail or telephone) without the consent of either the employee or the other party to the communication. Employers were required to take reasonable steps to inform employees that their communications might be intercepted.

B. Contractual damages for breach of trust and confidence by employer

21. The House of Lords in *Malik v Bank of Credit and Commerce International SA* [1997] IRLR 462 confirmed that, as a matter of law, a general term is implied into each employment contract that an employer will not “without reasonable and proper cause, conduct itself in a manner calculated and likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between employer and employee”. In *Malik*, the House of Lords was concerned with the award of so-called “stigma compensation” where an ex-employee is unable to find further employment due to association with a dishonest former employer. In considering the damages that could be awarded for breach of the obligation of trust and confidence, the House were solely concerned with the payment of compensation for financial loss resulting from handicap in the labour market. Lord Nicholls

expressly noted that, “(f)or the present purposes I am not concerned with the exclusion of damages for injured feelings, the present case is concerned only with financial loss.”

22. In limiting the scope of the implied term of trust and confidence in *Malik*, Lord Steyn stated as follows:

“the implied mutual obligation of trust and confidence applies only where there is ‘no reasonable and proper cause’ for the employer’s conduct, and then only if the conduct is calculated to destroy or seriously damage the relationship of trust and confidence. That circumscribes the potential reach and scope of the implied obligation.”

C. Tort of misfeasance in public office

23. The tort of misfeasance in public office arises when a public official has either (a) exercised his power specifically intending to injure the plaintiff, or (b) acted in the knowledge of, or with reckless indifference to, the illegality of his act and in the knowledge or with reckless indifference to the probability of causing injury to the claimant or a class of people of which the claimant is a member (*Three Rivers D.C. v. Bank of England (No.3)* (HL) [2000] WLR 1220).

D. Data Protection Act 1984

24. At the time of the acts complained of by the applicant, the Data Protection Act 1984 (“the 1984 Act”) regulated the manner in which people and organisations that held data, known as “data holders”, processed or used that data. It provided certain actionable remedies to individuals in the event of misuse of their personal data. The 1984 Act has now been replaced by the Data Protection Act 1998.

25. Section 1 of the 1984 Act defined its terms as follows:

“(2) ‘Data’ means information recorded in a form in which it can be processed by equipment operating automatically in response to instructions given for that purpose.

(3) ‘Personal data’ means data consisting of information which relates to a living individual who can be identified from that information (or from that and other information in the possession of the data user...)

(4) ‘Data subject’ means an individual who is the subject of personal data.

(5) ‘Data user’ means a person who holds data, and a person ‘holds’ data if –
(a) the data form part of a collection of data processed or intended to be processed by or on behalf of that person as mentioned in subsection (2) above; and

(b) that person... controls the contents and use of the data comprised in the collection; and

(c) the data are in the form in which they have been or are intended to be processed as mentioned in paragraph (a)...

(7) 'Processing' in relation to data means amending, augmenting, deleting or re-arranging the data or extracting the information constituting the data and, in the case of personal data, means performing any of these operations by reference to the data subject.

(9) 'Disclosing' in relation to data, includes disclosing information extracted from the data ..."

26. The "data protection principles" to be respected by data holders were set out in Part 1 to Schedule 1 of the Act as follows:

"1. The information to be contained in personal data shall be obtained, and personal data shall be processed, fairly and lawfully.

2. Personal data shall be held only for one or more specified and lawful purposes ...

4. Personal data held for any purpose shall be adequate, relevant and not *excessive in relation to that purpose or those purposes.*"

27. Section 23 of the 1984 Act provided rights to compensation for the data subject in the event of unauthorised disclosure of personal data:

"(1) An individual who is the subject of personal data held by a data user...and who suffers damage by reason of -

(c) ...the disclosure of the data or, access having been obtained to the data, without such authority as aforesaid,

shall be entitled to compensation from the data user...for that damage and for any distress which the individual has suffered by reason of the...disclosure or access."

28. The 1984 Act also created the position of Data Protection Registrar, under a duty to promote the observance of the data protection principles by data users. In section 10 it created a criminal offence as follows:

"(1) If the Registrar is satisfied that a registered person has contravened or is contravening any of the data protection principles he may serve him with a notice ('an enforcement notice') requiring him to take ... such steps as are so specified for complying with the principle or principles in question.

(2) In deciding whether to serve an enforcement notice, the Registrar shall consider whether the contravention has caused or is likely to cause any person damage or distress.

...

(9) Any person who fails to comply with an enforcement notice shall be guilty of an offence... "

The law

I. Alleged violation of article 8 of the convention

29. The applicant alleged that the monitoring activity that took place amounted to an interference with her right to respect for private life and correspondence under Article 8, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

30. The Government contested that argument.

A. The parties' submissions

1. The Government

31. The Government accepted that the College was a public body for whose actions the State was directly responsible under the Convention.

32. Although there had been some monitoring of the applicant's telephone calls, e-mails and internet usage prior to November 1999, this did not extend to the interception of telephone calls or the analysis of the content of websites visited by her. The monitoring thus amounted to nothing more than the analysis of automatically generated information to determine whether College facilities had been used for personal purposes which, of itself, did not constitute a failure to respect private life or correspondence. The case of P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, ECHR 2001 IX, could be distinguished since there actual interception of telephone calls occurred. There were significant differences from the case of Halford v. the United Kingdom, judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997 III, where the applicant's telephone calls were intercepted on a telephone which had been designated for private use and, in particular her litigation against her employer.

33. In the event that the analysis of records of telephone, e-mail and internet use was considered to amount to an interference with respect for private life or correspondence, the Government contended that the interference was justified.

34. First, it pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others by ensuring that the facilities provided by a publicly funded employer were not abused. Secondly, the interference had a basis in domestic law in that the College, as a statutory body, whose powers enable it to provide further and higher education and to do anything necessary and expedient for those purposes, had the power to take reasonable control of its facilities to ensure that it was able to carry out its statutory functions. It was reasonably foreseeable that the facilities provided by a statutory body out of public funds could not be used excessively for personal purposes and that the College would undertake an analysis of its records to determine if there was any likelihood of personal use which needed to be investigated. In this respect, the situation was analogous to that in *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, ECHR 2003 I.

35. Finally, the acts had been necessary in a democratic society and were proportionate as any interference went no further than necessary to establish whether there had been such excessive personal use of facilities as to merit investigation.

2. The applicant

36. The applicant did not accept that her e-mails were not read and that her telephone calls were not intercepted but contended that, even if the facts were as set out by the Government, it was evident that some monitoring activity took place amounting to an interference with her right to respect for private life and correspondence.

37. She referred to legislation subsequent to the alleged violation, namely the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 and the Telecommunications Regulations 2000 (see paragraph 20 above), which she claimed were an explicit recognition by the Government that such monitoring amounted to interference under Article 8 and required authorisation in order to be lawful. Since these laws came into force in 2000, the legal basis for such interference post-dated the events in the present case. Thus, the interference had no basis in domestic law and was entirely different from the position in *Peck* (see paragraph 34 above) where the local authority was specifically empowered by statute to record visual images of events occurring in its area. In the present case there was no such express power for the College to carry out surveillance on its employees and the statutory powers did not make such surveillance reasonably foreseeable.

38. The applicant asserted that the conduct of the College was neither necessary nor proportionate. There were reasonable and less intrusive methods that the College could have used such as drafting and publishing a policy dealing with the monitoring of employees' usage of the telephone, internet and e-mail.

B. The Court's assessment

39. The Court notes the Government's acceptance that the College is a public body for whose acts it is responsible for the purposes of the Convention. Thus, it considers that in the present case the question to be analysed under Article 8 relates to the negative obligation on the State not to interfere with the private life and correspondence of the applicant and that no separate issue arises in relation to home or family life.

40. The Court further observes that the parties disagree as to the nature of this monitoring and the period of time over which it took place. However, the Court does not consider it necessary to enter into this dispute as an issue arises under Article 8 even on the facts as admitted by the Government.

1. Scope of private life

41. According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are *prima facie* covered by the notions of "private life" and "correspondence" for the purposes of Article 8 § 1 (see *Halford*, cited above, § 44 and *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 43, ECHR 2000 II). It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage.

42. The applicant in the present case had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore she had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone (see *Halford*, § 45). The same expectation should apply in relation to the applicant's e-mail and internet usage.

2. Whether there was any interference with the rights guaranteed under Article 8.

43. The Court recalls that the use of information relating to the date and length of telephone conversations and in particular the numbers dialled can give rise to an issue under Article 8 as such information constitutes an "integral element of the communications made by telephone" (see *Malone v. the United Kingdom*, judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, § 84). The mere fact that these data may have been legitimately obtained by the College, in the form of telephone bills, is no bar to finding an interference with rights guaranteed under Article 8 (*ibid*). Moreover, storing of personal data relating to the private life of an individual also falls within the application of Article 8 § 1 (see *Amann*, cited above, § 65). Thus, it is irrelevant that the data held by the college were not disclosed or used against the applicant in disciplinary or other proceedings.

44. Accordingly, the Court considers that the collection and storage of personal information relating to the applicant's telephone, as well as to her e-mail and internet usage, without her knowledge, amounted to an interference with her right

to respect for her private life and correspondence within the meaning of Article 8.

3. Whether the interference was “in accordance with the law”

45. The Court recalls that it is well established in the case-law that the term “in accordance with the law” implies – and this follows from the object and purpose of Article 8 – that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by Article 8 § 1. This is all the more so in areas such as the monitoring in question, in view of the lack of public scrutiny and the risk of misuse of power (see Halford, cited above, § 49).

46. This expression not only requires compliance with domestic law, but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see, inter alia, *Khan v. the United Kingdom*, judgment of 12 May 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-V, § 26; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 44). In order to fulfil the requirement of foreseeability, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are empowered to resort to any such measures (see Halford, cited above, § 49 and *Malone*, cited above, § 67).

47. The Court is not convinced by the Government’s submission that the College was authorised under its statutory powers to do “anything necessary or expedient” for the purposes of providing higher and further education, and finds the argument unpersuasive. Moreover, the Government do not seek to argue that any provisions existed at the relevant time, either in general domestic law or in the governing instruments of the College, regulating the circumstances in which employers could monitor the use of telephone, e-mail and the internet by employees. Furthermore, it is clear that the Telecommunications (Lawful Business Practice) Regulations 2000 (adopted under the Regulation of Investigatory Powers Act 2000) which make such provision were not in force at the relevant time.

48. Accordingly, as there was no domestic law regulating monitoring at the relevant time, the interference in this case was not “in accordance with the law” as required by Article 8 § 2 of the Convention. The Court would not exclude that the monitoring of an employee’s use of a telephone, e-mail or internet at the place of work may be considered “necessary in a democratic society” in certain situations in pursuit of a legitimate aim. However, having regard to its above conclusion, it is not necessary to pronounce on that matter in the instant case.

49. There has therefore been a violation of Article 8 in this regard.

II. Alleged violation of article 13 in conjunction with article 8 of the convention

50. The applicant submitted that no effective domestic remedy existed for the breaches of Article 8 of which she complained and that, consequently, there had also been a violation of Article 13 which provides as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

51. Having regard to its decision on Article 8 (see paragraph 48 above), the Court does not consider it necessary to examine the applicant’s complaint also under Article 13.

III. Application of article 41 of the convention

52. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

53. The applicant made no claim for pecuniary damage but without quantifying an amount, claimed non-pecuniary loss for stress, anxiety, low mood and inability to sleep. She produced a medical report dated June 2006 recognising that she had suffered from stress and lack of sleep due to the work environment.

54. The Government submitted that the report presented by the applicant gave no indication that the stress complained of was caused by the facts giving rise to her complaint. Furthermore, as the Court had held in a number of cases relating to complaints involving the interception of the communications of suspected criminals by the police, in their view, a finding of a violation should in itself constitute sufficient just satisfaction (see *Taylor-Sabori v. the United Kingdom*, no. 47114/99, § 28, 22 October 2002, *Hewitson v. the United Kingdom*, no. 50015/99, § 25, 27 May 2003 and *Chalkley v. the United Kingdom*, no. 63831/00, § 32, 12 June 2003). Moreover, since the conduct alleged consisted of monitoring and not interception, the nature of such interference was of a significantly lower order of seriousness than the cases mentioned above.

55. The Court notes the above cases cited by the Government, but recalls also that, in *Halford* (cited above, § 76) which concerned the interception of an employee’s private telephone calls by her employer, it awarded GBP 10,000 in

respect of non-pecuniary damage. Making an assessment on an equitable basis in the present case, the Court awards the applicant € 3,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

56. The applicant claimed legal costs and expenses totalling GBP 9,363 inclusive of value-added tax. This included fees paid to a solicitor and trainee solicitor of GBP 7,171.62, disbursements of GBP 1,556.88 and the rest in anticipated future costs.

57. The Government submitted that the hourly rates charged by the solicitors and the rate of increase over the period during which the case was pending were excessive. Moreover, the applicant's original application included a number of complaints which the Court declared inadmissible and therefore the portion of costs related to such claims should not be recoverable. In the Government's view the sum of GBP 2,000 would adequately cover costs and expenses incurred.

58. According to its settled case-law, the Court will award costs and expenses in so far as these relate to the violation found and to the extent to which they have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum (see, among other authorities, *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 304, pp. 28-29, § 78 and *Lorsé and Others v. the Netherlands*, no. 52750/99, § 103, 4 February 2003). Taking into account all the circumstances, it awards the applicant € 6,000 for legal costs and expenses, in addition to any VAT that may be payable.

C. Default interest

59. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

For these reasons, the court unanimously

1. Holds that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. Holds that it is not necessary to examine the case under Article 13 of the Convention.
3. Holds
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the time of settlement:
 - (i) € 3,000 (three thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) € 6,000 (six thousand euros) in respect of costs and expenses;

- (iii) any tax that may be chargeable on the above amounts;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. Dismisses the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 3 April 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

T.L. EARLY Josep CASADEVALL
Registrar President

Rb. Rotterdam 24 april 2007
Spotforextransacties
LJN-nummer BA4376

Effectenbemiddelaar, art. 7 lid 1 Wte, spotforextransacties

Eiseres heeft een Referring Party Agreement met twee in Nederland gevestigde cliëntenremisiërs (TAC en HET) gesloten. Zowel TAC als HET onderhielden websites, genaamd www.fxtrading.nl en www.spotfx.nl, waarop Nederlandse beleggers via een 'hyperlink' een 'account' bij eiseres konden openen waarmee zij konden handelen in vreemde valuta, de zogenoemde spot-forextransacties. Tevens onderhield eiseres een Nederlandstalige webpage op haar website, genaamd www.mars.gftforex.com. Eiseres zelf bood via die Nederlandstalige webpage beleggers de mogelijkheid om bij haar een zogenoemde DealBook FX demorekening te openen, om te oefenen in de handel in vreemde valuta.

De Rb. oordeelt dat eiseres haar diensten als effectenbemiddelaar als bedoeld in art. 7 lid 1 Wte 1995 heeft aangeboden. Immers krachtens deze overeenkomsten hebben TAC en HET op hun websites hyperlinks geplaatst die direct toegang gaven tot de website van eiseres en aan Nederlandse beleggers de mogelijkheid boden spotforextransacties te verrichten.

Naast het verrichten van diensten via TAC en HET heeft eiseres ook haar diensten als effectenbemiddelaar in Nederland aangeboden door zelf aan het publiek de mogelijkheid te bieden op de Nederlandstalige webpage op haar site www.mars.gftforex.com een demorekening te openen.

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Meervoudige kamer

Reg.nr.: BC 06/2116-KRD

UITSPRAAK in het geding tussen

Global Futures & Forex Trading Ltd., gevestigd in de staat Michigan (Verenigde Staten), eiseres,
gemachtigde mr. A.M.C. Dekker, advocaat te Amsterdam,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweester,
gemachtigde mr. G.J.P. Jong, advocaat in dienstbetrekking bij verweester.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 5 april 2006 heeft verweester het bezwaar van eiseres tegen verweersters besluit van 21 oktober 2005 houdende oplegging van een bestuurlijke boete van € 87.125,- wegens overtreding van artikel 7, eerste lid, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Wte 1995) ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft de gemachtigde van eiseres bij brief van 15 mei 2006, aangevuld bij brief van 16 juni 2006, beroep ingesteld. Verweersters gemachtigde heeft bij brief van 8 maart 2007 een verweerschrift ingediend.

De gemachtigde van eiseres heeft bij brief van 19 maart 2007 een reactie op het verweerschrift gegeven onder toevoeging van enige stukken.

Bij faxbericht van 20 maart 2007 heeft de gemachtigde verweester de rechtbank verzocht aan te geven of de rechtbank de brief van 19 maart 2007 als 'replik' toelaat en zo ja, wordt de rechtbank verzocht verweester een nadere termijn te vergunnen om 'dupliek' te voeren onder verdaging van de zitting van 30 maart 2007. Bij faxbericht van 20 maart 2007 heeft mr. N.P. Schreuder, kantoorgenoot van de gemachtigde van eiseres, de rechtbank verzocht het verzoek om verdaging niet te honoreren.

De griffier heeft partijen bij brief van 21 maart 2007 bericht dat de geplande zitting niet zal worden verdaagd.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 maart 2007. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. N.P. Schreuder en mr. B.B. de Bruijne, kantoorgenoten van de gemachtigde van eiseres. Verweester heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1 Grondslag van het geschil

Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 is het verboden zonder vergunning als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten.

Ingevolge artikel 48c, eerste lid, van de Wte 1995 kan de Minister een bestuurlijke boete opleggen ter zake van overtreding van ondermeer voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995.

Ingevolge artikel 48d, eerste tot en met vierde lid, van de Wte 1995:

1. wordt het bedrag van de boete bepaald op de wijze, voorzien in de bijlage, met dien verstande dat de boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 900 000 bedraagt;
2. bepaalt de bijlage bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de deswege op te leggen boete;
3. kan de bijlage bij algemene maatregel van bestuur worden gewijzigd;
4. kan de Minister het bedrag van de boete lager stellen dan in de bijlage is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog is.

De bijlage als bedoeld in de eerste drie leden van artikel 48d van de Wte 1995 voorziet in een boetetarief van € 87 125,- voor overtreding van voorschriften gesteld bij artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995.

Krachtens artikel 40 van de Wte 1995 heeft de Minister ondermeer de bevoegdheid een boete op te leggen overgedragen aan verweerder.

Bij Koninklijk Besluit van 11 december 2006 (Stb. 2006, 664) zijn voor zover hier van belang de Wet op het financieel toezicht (hierna: de Wft) en de Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht (hierna: de IWft) in werking getreden met ingang van 1 januari 2007.

Ingevolge artikel 6 van de IWft wordt – voor zover hier van belang – een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete die is opgelegd terzake van overtreding van een voorschrift, gesteld bij of krachtens de Wte 1995 vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht aangemerkt als een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:79 onderscheidenlijk 1:80 van laatstgenoemde wet.

Ingevolge artikel 178 van de IWft is – voor zover hier van belang – de Wte 1995 per die datum ingetrokken, met uitzondering van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 1, onderdelen a, e, n, o en p, 2, 5a, met dien verstande dat voor “artikel 5” wordt gelezen “artikel 5:24 van de Wet op het financieel toezicht”.

Eiseres, die in 1991 is opgericht, was blijkens het bestreden besluit ten tijde in geding bij de U.S. Commodity Futures Trading Commission geregistreerd als ‘futures commission merchant’ en als ‘notice broker dealer’. Voorts is zij vanaf 1997 ‘member’ van de National Futures Association.

Ten tijde van de gewraakte gedragingen beschikte eiseres niet over een vergunning als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995.

Eiseres is op 4 augustus 2003 een overeenkomst – een zogeheten Referring Party Agreement – aangegaan met Technical Analysis Consulting V.O.F. (hierna: TAC), een destijds in Nederland gevestigde cliëntenremisier. Eenzelfde overeenkomst is eiseres op 7 oktober 2003 aangegaan met Holland Equity Trading B.V. (hierna: HET), eveneens een destijds in Nederland gevestigde cliëntenremisier. Beide Referring Party Agreements – waarin eiseres is aangeduid als GFT – bevatten de volgende bepalingen:

“(…)

A. GFT is a dealer in foreign currency transactions offering its members a mechanism for purchase or sale of foreign currencies via traditional and internet access to GFT's dealer facilities.

(…)

D. The referring party seeks to receive compensation for referrals of Clients to GFT.

(…)

1.1 The Referring Party shall recommend GFT's dealer services in foreign currency trading to its Clients. (…)

(…)”.

Uit overgelegde rekeningafschriften blijkt dat TAC en HET daadwerkelijk commissie voor het aanbrengen van cliënten hebben ontvangen van eiseres.

Zowel TAC als HET onderhielden websites, genaamd www.fxtrading.nl en www.spotfx.nl, waarop Nederlandse beleggers via een ‘hyperlink’ een ‘account’ bij eiseres konden openen waarmee zij konden handelen in vreemde valuta, de zogenoemde spot-forextransacties.

Tevens onderhield eiseres een Nederlandstalige webpage op haar website, genaamd www.mars.gftforex.com. Eiseres zelf bood via die Nederlandstalige webpage beleggers de mogelijkheid om bij haar een zogenoemde DealBook FX demorekening te openen. In een proefperiode van 30 dagen kon de potentiële belegger daarmee oefenen in de handel in vreemde valuta.

Bij brief van 16 augustus 2004 heeft verweerster eiseres bericht dat zij onderzoek doet naar de activiteiten van eiseres via haar Nederlandse intermediairs en dat verweerster het vermoeden heeft dat eiseres artikel 7 van de Wte 1995 overtreedt. Verweerster heeft eiseres in die brief de gelegenheid geboden hierop binnen twee weken te reageren en heeft eiseres verzocht te verklaren dat zij noch haar Nederlandse intermediairs de Nederlandse beleggers in de toekomst zullen benaderen. Eiseres heeft verweerster hierop per e-mail van 25 augustus 2004 bericht dat zij op grond van informatie van haar intermediairs in de veronderstelling verkeerde dat haar handelwijze was toegestaan, dat zij inmiddels van één van haar intermediairs had vernomen dat deze handelwijze niet langer zonder vergunning zou zijn toegestaan en dat zij noch haar intermediairs aanbiedingen zullen doen voordat aan de vergunningeisen is voldaan.

Verweerster heeft eiseres vervolgens bij brief van 30 september 2004 bericht dat eiseres via haar website www.mars.gftforex.com nog steeds diensten aanbiedt aan

Nederlandse beleggers in de vorm van het bieden van de mogelijkheid een ‘demo account’ bij eiseres te openen en dat voorts via de site van HET www.spotfx.nl een ‘live account’ bij eiseres kan worden geopend. Eiseres is daarom verzocht haar activiteiten richting de Nederlandse beleggers te staken en voorts de lopende overeenkomsten met Nederlandse cliënten af te bouwen dan wel over te dragen aan een beleggingsinstelling naar keuze van de cliënt.

Bij brief van 7 oktober 2004 hebben toenmalige gemachtigden van eiseres verweerster bericht dat aan die laatste brief gevolg is gegeven en dat eiseres haar relatie met HET heeft beëindigd. Desgevraagd is van de zijde van eiseres op 2 december 2004 bericht dat per 15 oktober 2004 alle transacties zijn stopgezet. Voor zover er nog rekeningen van Nederlandse beleggers open staan wordt aan de belegger verzocht aan te geven op welke rekening het geld kan worden overgemaakt. Het betreft nog zes openstaande rekeningen van beleggers die nog niet hebben gereageerd.

Bij brief van 9 juni 2005 heeft verweerster eiseres bericht voornemens te zijn haar een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995. De zienswijze van eiseres heeft verweerster niet van dit voornemen gebracht. Tegen het primaire boetebesluit van 21 oktober 2005 heeft de toenmalige gemachtigde van eiseres per faxbericht van 1 december 2005 bezwaar gemaakt. Met het bestreden besluit is de boete gehandhaafd.

2.2 Standpunt verweerster

In het primaire besluit van 21 oktober 2005 is onder meer overwogen dat de overtreding van eiseres enerzijds bestaat uit het aangaan van de overeenkomsten met twee cliëntenremisiers en anderzijds uit het zelf rechtstreeks aan de Nederlandse beleggers via de Nederlandstalige page op haar website www.mars.gftforex.com bieden van de mogelijkheid bij haar een ‘demo account’ af te sluiten.

In het bestreden besluit heeft verweerster – zich beperkend tot de bezwaargronden – overwogen:

- differentiatie in wetgeving op mondiaal niveau kan geen reden zijn om niet te voldoen aan de specifieke wetgeving van bepaald land. Eiseres had zich alvorens zij overging tot het aanbieden en/of verrichten van effectendiensten in Nederland, dienen te verdiepen in de specifieke wet- en regelgeving op het gebied van effectenrecht in Nederland. Dat zij dat heeft nagelaten valt haar te meer aan te rekenen nu zij een professionele marktpartij is die jarenlange ervaring heeft in de Verenigde Staten. Overigens heeft eiseres in een e-mailbericht aan TAC op 10 februari 2003 reeds bericht ‘We are currently looking over the AFM and the needed requirements’, waaruit blijkt dat eiseres zich bewust was van het feit dat voorwaarden verbonden zouden kunnen zijn aan het aanbieden van haar diensten op de Nederlandse effectenmarkt;
- door met TAC en HET overeenkomsten aan te gaan heeft eiseres haar diensten aangeboden in Nederland via deze cliëntenremisiers, waarbij TAC en HET vergoedingen ontvingen voor het aanbrengen van cliënten bij eiseres. Hieruit volgt dat het initiatief niet van de Nederlandse belegger maar van eiseres uit-

ging. Eiseres kan zich derhalve niet beroepen op de gedragslijn die verweerster blijkens de brief van de Stichting Toezicht Effectenverkeer (hierna: STE) van 5 juli 1996 (kenmerk 96-759/AP) hanteert terzake de 'initiatie test'. Niet is van belang of het initiatief tot het sluiten van de remisierovereenkomsten met TAC en HET uitging van deze Nederlandse intermediairs of van eiseres. Het gaat er om dat eiseres door deze overeenkomsten aan te gaan via deze intermediairs de Nederlandse beleggers heeft benaderd;

- het feit dat eiseres is gestopt met het aannemen van nieuwe accounts en al het nodige heeft gedaan de reeds bestaande accounts op te heffen zodra zij ermee bekend raakte dat zij een vergunning nodig had, doet in het geheel niets af aan de overtreding van artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 en vormt geen reden af te zien van boeteoplegging. Gelet op het boetetarief heeft de wetgever overtreding van deze bepaling zeer ernstig geacht. Juist het feit dat eiseres als professionele marktpartij heeft nagelaten zich te verdiepen in de Nederlandse wetgeving acht verweerster zeer verwijtbaar. Door zonder vergunning te opereren heeft zij inbreuk gemaakt op de adequate functionering van de financiële markten en de positie van beleggers op die markten. Verweerster ziet dan ook geen aanleiding voor matiging van de boete.

Het verweerschrift strekt tot ongegrondverklaring van het beroep. Daartoe is aangevoerd:

- het enkele aanbod van TAC en HET van hun diensten aan eiseres bracht eiseres niet in conflict met artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995, want het stond eiseres immers vrij daarvan af te zien. Ook het voorstel van eiseres om vervolgens een Referring Party Agreement af te sluiten levert niet een dergelijke overtreding op, want TAC en HET konden besluiten niet op dat voorstel in te gaan. Eerst met het daadwerkelijk aangaan van deze Referring Party Agreements heeft eiseres in Nederland effectendiensten aangeboden;
- er moet een onderscheid worden gemaakt tussen marketingactiviteiten waarop de brief van de STE van 18 juli 1997 zag en het afsluiten van remisierovereenkomsten met een in Nederland gevestigde cliëntenremisier. In die brief is bevestigd dat ten aanzien van het door buiten de Europese Economische Ruimte gevestigde effecteninstellingen in Nederland aanbieden of verrichten van diensten ten behoeve van professionele partijen een afwijkend regime kan worden gehanteerd op grond van de artikelen 7, zesde lid, en 11, zesde lid, van de Wte 1995. Voorts is aangegeven dat wanneer een buitenlandse effecteninstelling marketing activiteiten uitoefent die zijn gericht op de Nederlandse professionele markt, het initiatief duidelijk uitgaat van de buitenlandse effecteninstelling en dat die instelling in dat geval in Nederland onder de vergunningplicht komt;
- de stelling van eiseres dat het bestaan van de Referring Party Agreements niet betekende dat TAC en HET daadwerkelijk cliënten zouden doorverwijzen acht verweerster merkwaardig. Duidelijk is wat het doel van deze overeenkomsten was, terwijl in confesso is dat eiseres cliënten van TAC en HET heeft geaccepteerd;

- aan het arrest van het Hof Amsterdam van 14 januari 1999 (JOR 1999/35) komt niet de betekenis toe die eiseres daar aan geeft. In dit arrest wordt niet gerept over een ‘initiative test’, maar werd kortweg doorslaggevend geacht dat de buitenlandse instelling in Nederland gevestigde telemarketingbedrijven had ingeschakeld. In dat arrest is niets overwogen omtrent de afspraken die zijn gemaakt tussen de eerste en de laatsten. De parallel met die casus is echter duidelijk: het gaat er om dat er afspraken zijn gemaakt tussen eiseres en twee Nederlandse remisiers;
- eiseres beroept zich ten onrechte op een Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie inzake de Tweede Bankenrichtlijn (89/646/EEG) nu het hier gaat om effectendiensten en niet om bankdiensten. Daarentegen is wel relevant de mededeling ‘De toepassing van gedragsregels overeenkomstig artikel 11 van de Richtlijn Beleggingsdiensten (Richtlijn 93/22/EEG)’ van de Commissie van 14 november 2000. In die mededeling is juist aangegeven dat grensoverschrijdende beleggingsdiensten over het algemeen automatisch aan gedragsregels van het land van de belegger onderworpen zijn en dat de toepassing van de regels van het land van ontvangst bovenop de integrale en automatische toepassing van de gedragsregels van het land van de dienstverrichter komt. Daar moet volgens verweerster nog aan toe worden gevoegd dat eiseres niet is gevestigd in een lidstaat, zodat hier temeer reden is de ‘kleine beleggers’ in Nederland bescherming te bieden door toepassing van de Nederlandse gedragsregels;
- het boetebesluit, dat met het bestreden besluit is gehandhaafd, is tevens gebaseerd op de aanbieding van een ‘demo account’ op de website van eiseres in de Nederlandse taal. In dit verband verwijst verweerster nog naar de Beleidsnotitie inzake het Internet van de STE. Het gebruik van de Nederlandse voertaal bij de activiteiten wordt daarin aangemerkt als een van de indicatoren bij de beantwoording van de vraag of de door middel van internet uitgevoerde activiteiten zich richten tot inwoners van Nederland;
- artikel 12 van de Vrijstellingsregeling Wte 1995 vormt geen beschermingsartikel maar een reikwijdteartikel. Ook een vrijgestelde cliëntenremisier dient zich namelijk te houden aan de bij en krachtens artikel 24 van het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 vastgestelde gedragsregels. In deze zaak gaat het dubbel fout. TAC en HET hebben de gedragsregels overtreden door cliënten aan te brengen bij een niet-geregistreerde effecteninstelling. Voorts handelden zij aldus buiten de reikwijdte van artikel 12 van de Vrijstellingsregeling Wte 1995 en daarmee binnen het verbod van artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995, welke laatste bepaling eiseres eveneens heeft overtreden door zonder vergunning haar diensten aan te bieden via deze remisiers en via haar website;
- de boete is niet onevenredig hoog. Eiseres heeft nagelaten gedegen inlichtingen in te winnen omtrent het toezicht in Nederland. Het feit dat eiseres blindelings is afgegaan op een mededeling van TAC is haar aan te rekenen. Eiseres kon er evenmin van uit gaan dat spotforextransacties in Nederland net als in de Verenigde Staten niet als effecten zouden worden aangemerkt. De Hoge Raad had daar reeds op 5 juni 2001 de nodige duidelijkheid over geschapen.

2.3 Standpunt eiseres

In het aanvullend beroepschrift is de volgende situatie geschetst:

- eiseres is op 9 februari 2003 via haar Amerikaanse website benaderd door TAC waarbij deze haar diensten aanbood als cliëntenremisier. Eiseres heeft daarop voorgesteld een zogenoemde Referring Party Agreement te sluiten. Op grond van die overeenkomst is eiseres niet verplicht de cliënten die naar haar worden doorgewezen te accepteren. De remisier kan eiseres op grond van die overeenkomst niet binden en is niet bevoegd namens eiseres te handelen;
- TAC liet eiseres weten dat zij een erkend cliëntenremisier was en dat TAC enkel verweerster op de hoogte hoefde te brengen van de namen van de instellingen bij wie zij cliënten wenste aan te brengen. Eiseres had geen reden de juistheid van die mededeling in twijfel te trekken;
- nadien heeft eiseres een soortgelijke overeenkomst gesloten met HET. Ook hier was HET de cliëntenremisier die eiseres heeft benaderd;
- op 8 juli 2004 heeft TAC eiseres op de hoogte gebracht van het feit dat TAC geen cliënten meer bij haar mocht aanbrengen omdat eiseres niet over een vergunning als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 beschikte. Deze mededeling kwam als een totale verrassing voor eiseres. Niettemin heeft zij vanaf dat moment zekerheidshalve geen cliënten meer geaccepteerd. Nadien deelde verweerster eiseres mee dat zij in strijd met artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 effectendiensten in Nederland heeft aangeboden;
- Hoewel eiseres het standpunt van verweerster niet deelde heeft zij geen nieuwe cliënten meer geaccepteerd, heeft zij de overeenkomsten met TAC en HET per 1 september 2004 beëindigd, heeft zij ervoor gezorgd dat de links van TAC en HET naar de website van eiseres werden opgeheven en heeft zij de mogelijkheid van het openen van een ‘demo account’ gesloten. Eiseres meende daarmee te hebben voldaan aan de schriftelijke verzoeken van verweersters van 30 september 2004 en 16 november 2004.

Hierop voortbordurend heeft eiseres in het aanvullend beroepschrift het volgende aangevoerd:

- verweerster heeft ten onrechte geoordeeld dat eiseres artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 heeft overtreden doordat zij de door haar gehanteerde zogenoemde ‘initiative test’ op een onjuiste wijze hanteert. Uit de ‘initiative test’ die verweerster blijkens haar beleid hanteert volgt namelijk geenszins dat het initiatief bij eiseres ligt enkel door het aangaan van overeenkomsten met Nederlandse cliëntenremisiers. In de brief van de STE van 5 juli 1996 is gesteld dat in het buitenland gevestigde effecteninstellingen niet onder de reikwijdte van de Wte 1995 vallen indien het initiatief tot het aanbieden of verrichten van effectendiensten van de in Nederland gevestigde belegger uitgaat, terwijl in de brief van de STE van 18 juli 1997 aan het kantoor van de gemachtigde van eiseres is aangegeven dat naast de in die brief genoemde marketingactiviteiten niet voorhands wordt gezien hoe buitenlandse effecteninstellingen anderszins grensoverschrijdend diensten aan professionele partijen in Nederland kunnen aanbieden of verrichten. Naar het oordeel van eise-

res moet de ‘initiative test’ worden toegepast op zowel de relatie tussen eiseres en de remisiers als op de relatie met de doorverwezen cliënten. Van belang is derhalve dat het initiatief tot het aangaan van de remisierovereenkomsten is uitgegaan van TAC en HET. In dit verband wijst eiseres voorts op de uitspraak van het Hof Amsterdam van 14 januari 1999 (JOR 1999/35);

- in haar interpretatieve mededeling van 10 juni 1997 (PbEG C 209) omtrent de Tweede Bankenrichtlijn (89/646/EEG) stelt de Europese Commissie overigens voor een meer verfijnd en flexibel criterium te hanteren dan de ‘initiative test’. Om te bepalen waar een werkzaamheid wordt uitgeoefend zal volgens de Commissie moeten worden nagegaan op welke plaats de kenmerkende prestatie wordt verricht. Toegepast op onderhavig geschil zal dan geen sprake zijn van het verrichten van effectendiensten in Nederland, zodat ook hieruit volgt dat eiseres artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 niet heeft overtreden;
- de hoogte van de boete is onevenredig.

In reactie op het verweerschrift heeft eiseres een nader stuk ingediend dat zij als ‘replik’ heeft aangeduid. Zij voert daarin andere argumenten aan ter zake de boeteplegging en de hoogte van de boete. Zij doet daarin een beroep op de Nota handhavingsbeleid en heeft de volgende verzachtende omstandigheden aangevoerd:

- reeds voorafgaande aan het ingrijpen van verweerster en nadien heeft eiseres gewerkt aan normherstel;
- opzet ontbreekt;
- verweerster heeft zelf onvoldoende toezicht betracht;
- er is een korte termijn van normschending;
- er is sprake van een complexe beoordeling;
- er is geen sprake van recidive.

Met betrekking tot de rol van verweerster heeft eiseres in dit verband onder aanhaling van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 14 september 2005 (JOR 2005/277) aangevoerd dat verweerster nagelaten heeft enige actie te ondernemen nadat TAC en HET haar een ‘Mutatieformulier cliëntenremisiers’ hadden toegezonden waarin de samenwerking met eiseres was aangekondigd. Verweerster had hieruit eenvoudig kunnen afleiden dat eiseres niet over de benodigde vergunning beschikte. Van verweerster mocht worden verwacht dat zij adequaat toezicht zou uitoefenen. Zij heeft dit nagelaten. Het steekt eiseres dat bij verweerster in deze zaak enige kritische zelfreflectie is uitgebleven.

2.4 Beoordeling

Met betrekking tot het onderzoek ter zitting heeft de rechtbank het volgende overwogen.

In navolging van zijn faxbericht van 20 maart 2007 heeft de gemachtigde van verweerster ter zitting verzocht het onderzoek ter zitting te schorsen teneinde verweerster de gelegenheid te bieden schriftelijk te reageren op de op 19 maart 2007 door eiseres ingediende stukken, waaronder haar ‘replik’.

De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen en het onderzoek ter zitting voortgezet. Hiertoe heeft zij overwogen dat verweerster, ondanks het op 19 mei 2006 gedane verzoek van de griffie binnen vier weken na ontvangst van het aanvullende beroepsschrift een verweerschrift in te dienen, welk verzoek is herhaald bij brief van 10 november 2006, pas bij brief van 8 maart 2007 een verweerschrift met aanvullende stukken heeft ingediend, dat het eiseres vrij stond daar schriftelijk op te reageren – hetgeen eiseres bovendien heeft gedaan met inachtneming van de termijn als bedoeld in artikel 8:58, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) – en dat de griffier bij brief van 21 maart 2007 partijen heeft bericht dat de zitting van 30 maart 2007 niet wordt verdaagd en dat op die zitting de toelaatbaarheid van stukken – waaronder nog een eventuele reactie van de zijde van verweerster – aan de orde kan worden gesteld. De rechtbank vermag dan ook niet in te zien dat verweerster in haar processuele belangen is geschaad door de zitting doorgang te laten vinden en acht te slaan op alle door partijen ingediende stukken.

Dat de gemachtigde van verweerster vervolgens heeft afgezien van het houden van een inhoudelijk pleidooi vindt de rechtbank hoogst opmerkelijk, mede gelet op verweersters eigen nalaten om tijdig van verweer te dienen. Verweersters proceshouding acht de rechtbank voor een bestuursorgaan dan ook ongepast. Een en ander heeft het verdere onderzoek ter zitting evenwel niet belemmerd. Naar het oordeel van de rechtbank is dit onderzoek volledig geweest. Zij heeft derhalve geen aanleiding gezien voor een heropening van het onderzoek.

De rechtbank overweegt verder als volgt.

Gelet op artikel 21 van de Wft dat artikel 1:110 van de Wft van overeenkomstige toepassing maakt in lopende beroepsprocedures tegen besluiten op grond van de Wte 1995 is de rechtbank bevoegd kennis te nemen van het geschil. Gelet op de wetsgeschiedenis van de IWft moet artikel 6 van de IWft aldus worden uitgelegd dat een op grond van de Wte 1995 opgelegde boete eerst op of na 1 januari 2007 doorwerkt als een boete als bedoeld in artikel 1:80 van de Wft voor wat betreft bijvoorbeeld de in het kader van de Wft te verrichten betrouwbaarheidstoetsing. Deze bepaling heeft dus geen gevolgen met terugwerkende kracht terzake de bevoegdheid van verweerster om een boete uit hoofde van de Wte 1995 op te leggen wegens gedragingen die voor 1 januari 2007 hebben plaatsgevonden.

In confesso is dat zogenoemde spotforextransacties in de Verenigde Staten niet worden aangemerkt als effecten en dat eiseres met betrekking tot deze activiteiten aldaar niet onder toezicht staat. Naar het oordeel van de rechtbank dienen dergelijke transacties wel als effectentransacties als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, onder 2? van de Wte 1995 te worden gekwalificeerd. Met verweerster wijst de rechtbank in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2001 (JOR 2001/161).

De vraag ligt derhalve voor of eiseres haar diensten als effectenbemiddelaar als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 heeft aangeboden tussen augus-

tus 2003 en oktober 2004. Die vraag beantwoordt de rechtbank met verweester bevestigend.

Naar het oordeel van de rechtbank staat vast dat eiseres met het afsluiten van de Referring Party Agreements met TAC en HET haar diensten als effectenbemiddelaar in Nederland heeft aangeboden. Immers krachtens deze overeenkomsten hebben TAC en HET op hun websites hyperlinks geplaatst die direct toegang gaven tot de website van eiseres en aan Nederlandse beleggers de mogelijkheid boden spotforextransacties te verrichten. Voorts blijkt uit het dossier dat zowel TAC als HET remisieractiviteiten hebben verricht in Nederland ten behoeve van eiseres en daarvoor ook commissiebetalingen hebben ontvangen. In dit verband is naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet relevant of het initiatief tot de totstandkoming van deze Referring Party Agreements alsook het initiatief tot het verlenen van remisierdiensten is uitgegaan van TAC en HET.

Naast het verrichten van diensten via TAC en HET heeft eiseres ook haar diensten als effectenbemiddelaar in Nederland aangeboden door zelf aan het publiek de mogelijkheid te bieden op de Nederlandstalige webpage op haar site www.mars.gftforex.com een demorekening te openen. Dat het hier een demorekening betreft waarmee niet daadwerkelijk in valutakoersen kan worden gehandeld, maakt niet dat geen sprake is van het aanbieden van diensten als effectenbemiddelaar, omdat het oogmerk van het via een Nederlandstalige webpage aanbieden van een demorekening gedurende een proefperiode van 30 dagen (mede) is gericht op het bewerkstelligen dat de Nederlandse beleggers, bij wie de interesse is gewekt, uiteindelijk een reëel account openen op de Amerikaanse website van eiseres.

Nu voorts vaststaat dat eiseres niet over een vergunning als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 beschikte heeft eiseres het in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 neergelegde verbod overtreden.

Gelet hierop kwam verweester op basis van artikel 48c van de Wte 1995 in beginsel de bevoegdheid toe eiseres een boete op te leggen wegens overtreding van dit verbod.

Zoals de rechtbank eerder in navolging van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) heeft overwogen dient de gebruikmaking van de discretionaire bevoegdheid om een boete op te leggen op de voet van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb op redelijkheid te worden getoetst en dient de oplegging van één of meer boetes conform het vaste wettelijke tarief vervolgens vol te worden getoetst in het licht van artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), waarbij de in de wet neergelegde bevoegdheid tot matiging – in casu artikel 48d, vierde lid, van de Wte 1995 – niet te beperkt dient te worden opgevat. Ook dan heeft wel te gelden dat de keuze van de wetgever voor het vaststellen van een vast boetetarief als hier aan de orde een belangrijk aanknopingspunt vormt voor het antwoord op de vraag of die boete in zijn algemeenheid in een evenredige verhouding staat tot de ernst van de gedraging. De rechtbank wijst in dit verband op de uitspraken van het College van 29 april 2004 (LJN: AO9910; AB

2004/317), 20 september 2005 (LJN: AU3267; AB 2005/406) en 15 december 2006 (LJN: AZ5787; JB 2007/35).

Met inachtneming van dit toetsingskader komt de rechtbank tot de volgende beoordeling.

De rechtbank zal de stellingen van eiseres terzake de zogenoemde ‘initiatie test’ onder verwijzing naar brieven van de STE aan het kantoor van de gemachtigde van eiseres opvatten als een beroep op door verweersters naamsvoorganger opgewekt vertrouwen bij eiseres dat zij ervan uit mocht gaan dat haar gedragingen niet konden worden opgevat als aanbieden in de zin van voornoemde bepaling.

Dit beroep moet worden verworpen. Aan de overgelegde correspondentie met de STE kan naar het oordeel van de rechtbank een dergelijk vertrouwen niet worden ontleend, alleen al niet omdat verweester noch haar naamsvoorganger hebben meegedeeld dat het aanbieden van effectenbemiddeling door een buitenlands bedrijf via een Nederlandse cliëntenremisier niet diende te worden aangemerkt als aanbieden als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995. Bovendien is het in de brief van 5 juli 1996 (kenmerk 96-759/AP) neergelegde beleid van de STE ruim voor de gedragingen in geding ingetrokken met de door verweester vastgestelde Beleidsregel derdelandenbeleid (Stcrt. 2002, 99), hetgeen overigens ook door verweester niet is onderkend.

Ook anderszins is de rechtbank niet gebleken van de afwezigheid van iedere verwijtbaarheid die in de weg staat aan toepassing van de in artikel 48c van de Wte 1995 neergelegde bevoegdheid. Evenmin vermag de rechtbank in te zien dat verweester gelet op de Nota handhavingsbeleid had moeten volstaan met een waarschuwing. Juist waar sprake is van een overtreding als hier aan de orde, waarbij een professionele instelling zich verwijtbaar buiten het toezicht van verweester heeft gesteld acht de rechtbank het geenszins onredelijk dat de toezichthouder een op leedtoevoeging gerichte sanctie oplegt.

Met betrekking tot de hoogte van de boete neemt de rechtbank in overweging dat haar niet is gebleken dat de overwegingen van de wetgever omtrent de ernst van de overtreding van artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 hier niet of in mindere mate opgaan. De stelling van eiseres dat zij na te zijn gewaarschuwd direct de overtreding heeft gestaakt is onjuist. Verweester heeft eiseres immers ook nog na haar brief van 16 augustus 2004 moeten aansporen de overtreding te staken. Verder neemt de rechtbank in overweging dat de overtreding meer dan een jaar heeft geduurd.

De overtreding is eiseres ten volle toe te rekenen. Als professionele marktpartij had het op haar weg gelegen zich gedegen te laten voorlichten omtrent de toepasselijke regelgeving in Nederland alvorens zij alhier haar diensten aanbood. Het zeer summiere e-mailverkeer met één van de cliëntenremisiers die juist aanstuurde op het aanbrengen van cliënten bij eiseres kan niet als zodanig worden aangemerkt. Verder kan eiseres in dit verband niet met succes een beroep doen op het nalaten van verweester om direct actie te ondernemen zodra TAC en HET hadden gemeld dat zij als cliëntenremisier voor eiseres zouden optreden. Daargelaten dat een dergelijke melding niet is gebleken, doet eventuele nalatigheid van

verweerster niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van eiseres en levert ook geen onrechtmatigheid jegens haar op.

Ten slotte overweegt de rechtbank – ambtshalve de rechtsgronden van het beroep aanvullend – dat een stelselvergelijking tussen de Wte 1995 en de Wft niet met zich brengt dat de Wft in een geval als hier aan de orde zou leiden tot het afzien van de oplegging van een boete of de oplegging van een lagere boete, zodat artikel 15, eerste lid, laatste volzin, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten eiseres niet kan baten. De rechtbank heeft hierbij het volgende in aanmerking genomen.

Gelet op artikel 2:96 van de Wft zou eiseres ook ingevolge deze bepaling een vergunning nodig hebben gehad voor het verrichten van effectendiensten in Nederland. De vrijstelling als bedoeld in artikel 10 van de Vrijstellingsregeling Wft mist immers reeds toepassing nu in confesso is dat eiseres met betrekking tot de in casu verleende beleggingsdiensten in de Verenigde Staten niet onder toezicht staat. Gelet op artikel 1:80 van de Wft zou verweerster in een dergelijk geval bevoegd zijn eiseres een boete op te leggen. Die boete zou gelet op artikel 1:81, tweede lid, van de Wft in verbinding met het Besluit boetes Wft op een hoger bedrag uitkomen nu overtreding van artikel 2:96 van de Wft correspondeert met tariefnummer 5, aan welk tariefnummer een bedrag van € 96.000,- hangt, terwijl dat bedrag dan voorts nog eens vermenigvuldigd dient te worden met een draagkrachtfactor die afhankelijk is van het eigen vermogen van de onderneming.

Nu het bestreden besluit in rechte stand kan houden, moet het beroep ongegrond worden verklaard.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de rechtbank geen aanleiding.

3. Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R. Kruisdijk, voorzitter en mr. D.C.J. Peeck en mr. M. Jurgens, leden.

De beslissing is, in tegenwoordigheid van mr. drs. R. Stijnen, griffier, in het openbaar uitgesproken op 24 april 2007.

Voorzieningenrechter Amsterdam 26 april 2007

tvbabes

LJN-nummer BA3941, met noot door J.V.J. van Hoboken

Onrechtmatige daad, hyperlinks, pagerank, zorgplicht, Google, zoekmachine, onmiskenbaar onrechtmatig

Eiseres wil dat Google links, die volgens haar onrechtmatig zijn, uit de pagerank verwijdert. Omdat Google geen (preventieve) bemoeienis heeft met of invloed heeft op de inhoud van de links naar de websites en op de inhoud van de websites die automatisch als zoekresultaten worden verkregen, kan Google niet verantwoordelijkheid worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten. De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was.

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 365193 / KG ZA 07-480 OdC/SK

VONNIS in kort geding van 26 april 2007

in de zaak van

[Eiseres],
wonende te Amsterdam,
eiseres bij dagvaarding van 3 april 2007,
procureur mr. N. de Vos,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
GOOGLE NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
procureur mr. M. de Cock Buning.

Partijen zullen hierna [eiseres] en Google genoemd worden.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 13 april 2007 heeft [eiseres] gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat zij ter terechtzitting haar eis heeft gewijzigd als hierna onder 3.1 te vermelden. Google heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

[Eiseres] heeft een televisieprogramma gepresenteerd bij regionet RTVN. Zij is op de internetsite www.tvbabes.com te vinden, waar onder meer wordt vermeld dat zij beschikbaar is voor freelance tv-werk.

Google levert diverse diensten aan gebruikers van internet, waaronder de Google zoekmachine.

In de gebruiksvoorwaarden van Google staat onder meer vermeld:

“De sites die getoond worden als zoekresultaten of waarna [bedoeld zal zijn: waarnaar, vzr] gekoppeld wordt door Google Search Services zijn ontwikkeld door mensen waarover Google geen invloed kan uitoefenen. De zoekresultaten die verschijnen vanuit de Google indexen zijn geïndexeerd door geautomatiseerde Google programmatuur en computers, en Google kan en zal niet websites controleren voor ze worden opgenomen in de indexen van waaruit de zoekresultaten worden verzameld. Een zoekopdracht gebruikmakend van Google Search Services kan zoekresultaten en links opleveren naar sites die sommige mensen bezwaarlijk, ongepast of beledigend vinden. (...)”

Bij brief van 27 december 2006 heeft de raadvrouw van [eiseres], mr. N. de Vos, aan Google bericht dat, wanneer de naam van [eiseres] op de site van Google wordt ingetoetst bij de zoekopdracht, er een tweetal zoekresultaten wordt verkregen van seks-websites, bij welke zoekresultaten haar naam voorkomt. Mr. De Vos heeft verder geschreven:

“Deze vermeldingen zijn onjuist. Allereerst staat cliënte, (...), niet op de betreffende website vermeld en bovendien is de website (...) inmiddels naar aanleiding van mijn verzoek, dat uit bijgaande e-mail blijkt, verwijderd. (...) De vermelding (...) dient dan ook met onmiddellijke ingang te worden verwijderd, nu een en ander niet juist is. (...) Er is sprake van een vermelding in strijd met de waarheid en een onrechtmatig handelen jegens cliënte alsmede van een aantasting van haar eer en goede naam, en handelen in strijd met haar privacy (...). Cliënte verzoekt (...), en voor zover nodig sommeert zij Google Nederland B.V., om de twee vermeldingen per ommegaande, althans binnen 48 uur na heden te verwijderen. (...)”

Bij brief van 16 februari 2007 heeft mr. De Vos aan Google bericht:

“(...) Inmiddels is gebleken dat cliënte wederom ten onrechte in verbinding wordt gebracht met sekssites en dat ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat zij op de betreffende sites naakt staat vermeld, als playboy dient en fungeert als sexcamgirl.

Bij het intoetsen van de naam van cliënte, (...) op de site <http://www.google.nl>, staan de navolgende passages vermeld:

- (...) [36 internet adressen met betrekking tot sekssites, vzr]
- www.tvbabes.co/various/ghi.html

Deze vermeldingen zijn onjuist. Cliënte staat niet op de betreffende websites vermeld. Zij heeft hiertoe ook nimmer toestemming gegeven (...). De vermelding op uw site is derhalve ten onrechte. (...)”

In een e-mail van 21 februari 2007 heeft Google aan mr. De Vos geschreven:

“(...) Het spijt ons dat deze onverwachte resultaten werden weergegeven op Google. Uw e-mailbericht is doorgestuurd naar het betreffende team. We waarderen uw hulp bij het handhaven van de kwaliteit van onze zoekresultaten. (...)”

Houder van een groot aantal van de domeinnamen die als zoekresultaat, beschreven in de brief van 16 februari 2007 (zie 2.5) tevoorschijn kwamen, is een bedrijf in Enschede.

Vanaf 4 april 2007 komen de zoekresultaten waartegen [eiseres] bezwaar maakte, met uitzondering van de website www.tvbabes.com, niet meer voor in de zoekindex van Google, als gevolg van door Google tegen bedoeld Enschedees bedrijf getroffen maatregelen.

3. Het geschil

[eiseres] vordert – samengevat – na wijziging van eis, te bepalen dat Google gehouden is om de in punten 2, 3 en 4 van de dagvaarding genoemde links verwijderd te houden totdat er een onherroepelijk vonnis in een bodemprocedure is gewezen, op straffe van een dwangsom, alsmede veroordeling tot betaling aan [eiseres] van € 5.000,- als voorschot op de schadevergoeding, eveneens op straffe van een dwangsom, en veroordeling van Google in de proceskosten.

[eiseres] stelt dat zij voor de haar betreffende vermeldingen op de site www.google.nl nimmer toestemming heeft gegeven en dat de vermeldingen bovendien onjuist zijn, omdat [eiseres] niet op de betreffende websites staat vermeld. [eiseres] heeft door de maandenlange onjuiste vermeldingen op de site van Google hinder ondervonden. Door de vermeldingen is [eiseres] ten onrechte maandenlang in verband gebracht met seks en blootreportages en Google handelde aldus onrechtmatig jegens [eiseres]. De eer en goede naam van [eiseres] zijn aangetast en Google heeft in strijd met haar privacy gehandeld. Google was, toen zij bekend

werd met de onterechte vermeldingen, gehouden de betreffende links op de site te verwijderen en verwijderd te houden. Het was voor Google mogelijk om op eenvoudige en goedkope wijze op te treden. Met de vermeldingen op haar site maakt Google het onrechtmatig handelen door de webbeheerders cq webhosten van de sekssites mogelijk en Google kan zich hier niet achter verschuilen. Door de onrechtmatige vermeldingen op de site van Google heeft [eiseres] immateriële schade geleden. Google is hiervoor aansprakelijk.

Google voert gemotiveerd verweer, welk verweer voor zover van belang hierna aan de orde zal komen.

4. De beoordeling

Een vordering als de onderhavige kan in kort geding alleen worden toegewezen, indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter het standpunt van eiseres zal volgen, bijvoorbeeld als gedaagde een kennelijk ongegrond verweer voert en indien van eiseres niet kan worden gevergd dat zij de uitslag van de bodemprocedure afwacht.

Google heeft uiteengezet hoe de Google index wordt samengesteld door middel van een volledig geautomatiseerd proces dat de inhoud van websites produceert zonder menselijke tussenkomst, het zogenaamde 'crawling' of 'web crawl'. Bij het uitvoeren van een zoekopdracht wordt de inhoud van de websites die door de zoekmachine is gecrawld, doorzocht. De zoekresultaten worden eerst verkregen uit de gehele index en daarna op volgorde van relevantie en nauwkeurigheid met betrekking tot de opgegeven zoekterm geplaatst, het zogenaamde 'ranking'. Ranking van zoekresultaten vindt plaats op geautomatiseerde wijze, met toepassing van een combinatie van verschillende softwarematige processen. Google hanteert voor bepaalde gevallen een 'Notice and Take Down' procedure, in verband met behoud van de integriteit en transparantie van de index, en in verband met het respecteren van de rechten van derden. Met deze procedure kan Google stappen ondernemen om links naar websites, die door manipulatie de integriteit en objectiviteit van de zoekmachine in gevaar brengen, of die onmiskenbaar onrechtmatig zijn jegens bedrijven of personen, uit de index weg te laten. Ieder verzoek tot verwijdering wordt afzonderlijk beoordeeld. Indien Google een verzoek tot verwijdering honoreert, wordt het volledige webadres van de website in een bestand, de 'black list', geplaatst. Dit gebeurt handmatig en het hele proces duurt ongeveer 72 uur. Plaatsing op de 'black list' betekent niet dat het webadres zelf niet meer beschikbaar is of dat het webadres niet op andere zoekmachines te vinden is. Bij een volgende indexeringsronde van een zoekmachine kan al dan niet onder een andere domeinnaam geplaatste informatie opnieuw gevonden worden.

Google heeft hiermee voldoende aannemelijk gemaakt dat zij geen (preventieve) bemoeienis heeft met of invloed heeft op de inhoud van de links naar de websites en op de inhoud van de websites die automatisch als zoekresultaten worden verkregen na het intoetsen van, in dit geval, de zoektermen [eiseres] + [voornaam] + [voornaam]. Hierop wordt de gebruiker van Google ook nog eens gewezen in de gebruiksvoorwaarden (zie 2.3). Het is de eigenaar van de website die de

inhoud van de website bepaalt en ook invloed kan uitoefenen op het resultaat van de zoekopdracht. Het ‘crawlen’, indexeren en ‘ranken’ heeft een technisch, automatisch en passief karakter en Google kan in beginsel dan ook niet verantwoordelijkheid worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten. Dat wellicht de eigenaar van de websites onrechtmatig handelt jegens [eiseres] door haar naam ten onrechte aan de sekswebsites te verbinden, brengt niet mee dat Google een daarvan afgeleide onrechtmatige daad jegens [eiseres] pleegt en daarom de plicht jegens [eiseres] zou hebben om tot verwijdering van de zoekresultaten over te gaan.

Van een onmiskenbaar onrechtmatig handelen jegens [eiseres] kan evenmin worden gesproken. Het gaat hier om de weergave van zoekresultaten van (nog steeds) op internet geplaatste informatie, welke informatie ook na verwijdering door Google van de links nog steeds op internet is te vinden, bijvoorbeeld door de desbetreffende URL in te toetsen. De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was. De informatie is dan ook niet als onmiskenbaar onrechtmatig te beschouwen. De stelling van [eiseres] dat de verantwoordelijkheid van Google aanvangt op het moment dat zij op de vermeende onrechtmatigheid van de links wordt aangesproken, gaat daarmee evenmin op.

Verder bestaan er voor [eiseres] minder verstreckende mogelijkheden om de zoekresultaten die haar naam aan de sekswebsites verbinden, verwijderd te krijgen, namelijk door rechtstreeks de website-eigenaren dan wel (onder)houders, die de zoekresultaten manipuleren, hierop aan te spreken. In dit geval is dit bedoeld Enschedees bedrijf. Ter terechtzitting is gebleken dat zij met deze weg bekend is en dit bedrijf ook aansprakelijk heeft gesteld. Onder deze omstandigheden bestaat voor Google niet de verplichting jegens [eiseres] om de betreffende links te verwijderen.

Dat Google de links naar de betreffende websites inmiddels toch heeft verwijderd en op de ‘black list’ heeft gezet, is, zo heeft zij uiteengezet, om een andere reden geschied, namelijk op grond van de ‘Notice and Take Down’ procedure, wegens manipulatie van de zoekmachine met de naam van [eiseres] door de eigenaar van deze sekswebsites.

Bij het ontbreken van onrechtmatig handelen door Google jegens [eiseres] zullen de vorderingen, daaronder begrepen de vordering tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding, worden afgewezen.

[eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Google worden begroot op:

– vast recht	€ 251,-
– salaris procureur	€ 816,-
Totaal	€ 1.067,-

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

weigert de gevraagde voorzieningen,
veroordeelt € 1.067,-,
verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R. de Orobio de Castro, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. S.A. Krenning, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 26 april 2007.

Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 8 mei 2007
Pretium vs. consumentenautoriteit
LJN-nummer BA4603

Onrechtmatige uiting, rectificatie, consumentenautoriteit, consumentenbelangen

Consumentenautoriteit wordt veroordeeld om negatieve uitlatingen in tv-programma Kassa over de telefonische verkoopmethoden van Pretium Telecom BV te rectificeren, omdat niet aanstonds en zonder nader onderzoek vaststond dat de klachten daarover gegrond waren en het onderzoek daarnaar nog liep. Gedaagde handelt niet onrechtmatig door naar buiten te (laten) brengen dat klachten zijn geuit over eiseres en dat daarnaar onderzoek wordt gedaan. Wel dient gedaagde terughoudendheid te betrachten aangaande mededelingen over de loop van het onderzoek en de precieze strekking daarvan.

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

sector civiel recht - voorzieningenrechter

VONNIS in kort geding van 8 mei 2007,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 07/433 van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Pretium Telecom B.V.,
gevestigd te Haarlem,
eiseres,
procureur mr. M.J. Geus,
advocaten mrs. M.J. Geus en D.P. Kuipers te 's-Gravenhage,

tegen

de Staat der Nederlanden, (het Ministerie van Economische Zaken, althans de Consumentenautoriteit),
zetelende te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. A.J. Boorsma.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 24 april 2007 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Gedaagde is sinds 1 januari 2007 ingesteld als toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), naar aanleiding van de implementatie van de verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004. Hij ziet toe op het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten en handhaaft de geldende wettelijke bepalingen op het gebied van het consumentenrecht. De website ConsuWijzer is door gedaagde, OPTA en de NMa opgericht als informatieloket om consumenten te informeren over het consumentenrecht en waar zij hun recht kunnen halen.

1.2. Eiseres is een aanbieder van telefoondiensten. Zij biedt consumenten de mogelijkheid uitgaande telefoondiensten af te nemen. Hierbij verleent KPN als beheerder van het vaste telefoonnet alternatieve aanbieders, waaronder eiseres, toegang tot haar netwerk via zogenoemde Carrier Pre Sectie (CPS). Daarnaast biedt eiseres vanaf 1 januari 2007 consumenten de mogelijkheid van Wholesale Line Rental (hierna WLR). WLR houdt in dat consumenten tevens voor het abonnement voor de vaste telefoonverbinding kunnen overstappen op alternatieve aanbieders waaronder eiseres.

1.3. Eiseres heeft vanaf 1 januari 2007 via telemarketing ongeveer 100.000 klanten geworven voor WLR. Daarvan waren 80.000 klanten reeds CPS-klant bij eiseres. De overige 20.000 klanten zijn nieuw en zijn geworven voor zowel het vastnetabonnement als het uitgaande verkeer.

1.4. Op 3 april 2007 heeft gedaagde eiseres aan het einde van de dag telefonisch aangekondigd dat eiseres op 4 april 2007 bezocht zou worden. Op 4 april 2007 hebben ambtenaren van gedaagde een bezoek gebracht aan eiseres om een bedrijfsonderzoek te verrichten in het kader van de aan gedaagde wettelijk toegekende toezicht- en onderzoekstaak op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Tijdens het bezoek is de cautie verleend waarbij is meegedeeld dat tegen eiseres een verdenking bestaat in verband met overtreding door eiseres van de regels inzake de Wet Koop op Afstand (afdeling 9A van titel 1 van boek 7 Burgerlijk Wetboek). Daarbij is meegedeeld dat gedaagde vele klachten

van consumenten heeft ontvangen met betrekking tot de telefonische verkoopmethode van eiseres.

1.5. Bij brief van 5 april 2007 heeft gedaagde eiseres verzocht hem informatie te doen toekomen uiterlijk op 13 april 2007. Eiseres heeft bevestigd aan het onderzoek te zullen meewerken.

1.6. De dag na het bezoek aan eiseres heeft gedaagde zonder een vooraankondiging een inval gedaan bij een tweetal marketingbureaus waarmee eiseres ondermeer samenwerkt.

1.7. Op (zaterdag) 7 april 2007 is een uitzending van het VARA-programma Kassa uitgezonden waarbij een van de twee onderwerpen in het programma de marketingactiviteiten van eiseres betrof. In het programma hebben diverse consumenten hun bevindingen meegedeeld terwijl zij ondervraagd werden door de presentator. Daarna heeft de presentator vragen gesteld aan een medewerker van de Stichting Ombudsman en een medewerkster van gedaagde.

1.8. Op de homepage van de website www.consuwijzer.nl staat een verwijzing: "07-04-07 Infoflits naar aanleiding van vragen over Pretium Telecom". Door op de verwijzing te klikken komt het volgende bericht naar voren:

07-04-07 Nieuwsbericht

Consuwijzer ontvangt veel vragen van consumenten over de klantenwerving en het overzetten van abonnementen door Pretium Telecom. Met deze infoflits informeert Consuwijzer consumenten over hun rechten en mogelijkheden omtrent het opzeggen van vaste telefonie abonnementen.

Voordat een andere aanbieder uw telefoonaansluiting overneemt, moet u eerst toestemming geven (per brief, fax, mail, website of telefoon). Na de brief over uw toestemming heeft u volgens de wet dan nog zeven werkdagen dagen bedenktijd om de overeenkomst te ontbinden, dat wil zeggen te herroepen. Zolang u hierover niet schriftelijk geïnformeerd bent, heeft u een bedenktijd van drie maanden. Als u binnen de bedenktijd ontbindt kunnen u geen kosten in rekening worden gebracht. Ook als uw telefoonabonnement ongevraagd overgezet is, kunt u zo bij de nieuwe aanbieder bezwaar maken tegen de verrichte overzetting en verlangen dat u zonder kosten weer wordt teruggezet en geen betaling verschuldigd bent. Stuur een afschrift van deze brief aan uw oude aanbieder.

Automatische incasso

- Is er tevens geld van uw rekening afgeschreven?

Carrier pre select

Gaat het alleen om een Carrier Pre Select Dienst dan kunt dat zelf direct ongedaan maken. Via het gratis telefoonnummer 0800-1273 hoort u bij welke CPS-aanbieder u nu belt.

- U kunt meteen de aanbieder veranderen.
- U kunt ook uw oude aanbieder vragen om uw telefoonaansluiting weer terug te zetten.
- U kunt de Carrier Pre Select dienst aangeven geen betalingen verschuldigd te zijn vanwege ontbreken van uw toestemming.

Aan de rechterzijde bovenaan van de pagina waarop het voorgaande bericht is geplaatst staan in de kantlijn twee links naar voorbeeldbrieven om te versturen.

1.9. Eiseres heeft gedaagde verzocht om de klachten die hij heeft ontvangen aan haar door te sturen zodat zij deze kan onderzoeken. Bij besluit van 19 april 2007 heeft gedaagde dat verzoek gedeeltelijk afgewezen in verband met het feit dat de documenten persoonsgegevens bevatten (artikel 10 lid 2, aanhef en onder e van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)); hij zal de persoonsgegevens uit de documenten verwijderen waarmee enige tijd gemoeid zal zijn en de documenten binnen vier weken verstrekken. Tegen het besluit staat de mogelijkheid van bezwaar open.

2. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

Eiseres vordert – zakelijk weergegeven – na wijziging van eis:

- I. gedaagde met onmiddellijke ingang te verbieden, zelf dan wel middels ConsuWijzer, berichten te publiceren en/of openbare uitspraken (de inhoud en het verloop van) te doen over het onderzoek naar een beweerdelijke overtreding van de relevante regelgeving door eiseres, zolang niet in rechte is komen vast te staan dat eiseres zich aan een overtreding schuldig heeft gemaakt;
- II. gedaagde met onmiddellijke ingang te verbieden zich op enigerlei wijze – in algemene zin dan wel in direct contact met consumenten of enige andere derde – uitspraken te doen of te adviseren omtrent (de verkoopmethoden van) eiseres, zolang niet in rechte is komen vast te staan dat eiseres in strijd met de consumentenregelgeving heeft gehandeld althans niet zonder eiseres naar behoren in de gelegenheid te hebben gesteld om de betreffende klachten te onderzoeken en daarop haar visie te geven;
- III. primair gedaagde te gelasten binnen 24 uur na dit vonnis de in de akte van vermeerdere van eis onder III opgenomen rectificatietekst gedurende 30 dagen als nieuwsbericht te plaatsen op de homepages van de website www.consuwijzer.nl en www.consumentenautoriteit.nl en wel goed leesbaar, evenwichtig verspreid en in normaal lettertype, zonder weglatingen of aanvullingen, gecentreerd, in zwarte letters tegen een witte achtergrond en geëncadreerd in een vlak van 10 bij 10 centimeter bemeten op een 17 inch beeldscherm en bij een resolutie van tenminste 1024 x 768 pixels; subsidiair, namelijk indien het niet mogelijk of aangewezen is om voornoemde rectificatie te plaatsen op de homepages van de website www.consuwijzer.nl en www.consumentenautoriteit.nl gedaagde te gelasten binnen 24 uur na dit vonnis en gedurende 30 dagen een link te plaatsen onder de noemer “Actuele consumentenzaken” op de homepage van de website www.consuwijzer.nl.

consuwijzer.nl onder vermelding van 'Rectificatie: Pretium Telecom' waarna deze link toegang moet bieden tot de hiervoor gevorderde rectificatietekst;

- IV. primair gedaagde te gelasten het onder II [Voorzieningenrechter: bedoeld zal zijn: III] bedoelde rectificatiebericht gedurende 60 seconden goed leesbaar in zwarte letters tegen een witte achtergrond in beeld te plaatsen en/of uit te laten spreken in de eerstvolgende uitzending van het VARA televisieprogramma Kassa dan wel in de vorm van televisiereclames van 30 seconden elk voorafgaand en na afloop van de eerstvolgende uitzending van dit televisieprogramma dan wel subsidiair gedaagde te gelasten dit rectificatiebericht op een prominente plaats, goed leesbaar, evenwichtig verspreid en in normaal lettertype, zonder weglatingen of aanvullingen, gecentreerd en in zwarte letters tegen een witte achtergrond en geëncadreerd en ter grootte van tenminste een halve pagina te laten afdrukken in de eerstvolgende zaterdageditie van alle landelijke dagbladen;
- V. gedaagde te gelasten alle berichten over (het onderzoek naar) eiseres onmiddellijk te verwijderen van de websites www.consuwijzer.nl en www.consumenautoriteit.nl;
- VI. gedaagde te gelasten de in de akte van vermeerdering van eis onder VI opgenomen rectificatietekst per e-mail of op een andere, daartoe in het betreffende geval geëigende wijze, toe te zenden aan alle consumenten met wie hij heeft gecorrespondeerd naar aanleiding van klachten door de betreffende consumenten over eiseres;
- VII. gedaagde op te dragen eiseres inzage te geven in de klachten die gedaagde betreffende eiseres heeft ontvangen en haar in staat te stellen om deze klachten ook zelf te onderzoeken en hierop specifiek te reageren;
- VIII. gedaagde te gelasten bij de uitvoering van zijn onderzoek de volgende punten in acht te nemen:
 - a) alle informatie die hij van of met betrekking tot eiseres ontvangt of verzamelt vertrouwelijk en met hem passende zorgvuldigheid te behandelen;
 - b) het onderzoek naar eiseres zorgvuldig en objectief uit te voeren met inachtneming van alle relevante informatie;
 - c) het onderzoek niet uitsluitend te beperken tot eiseres maar een branchebreed onderzoek te verrichten naar de invoering van de mogelijkheid van de aanbidding van vastnetabonnementen op het netwerk van KPN en de herkomst van klachten;
- IX. alles op straffe van een dwangsom van € 25.000,- per dag of € 100.000,- per overtreding, ter keus aan eiseres;
- X. althans zodanige voorzieningen te gelasten als de voorzieningenrechter passend en doeltreffend lijken.

Daartoe voert eiseres het volgende aan.

Gedaagde handelt onrechtmatig jegens eiseres.

Door het optreden van de vertegenwoordigster van gedaagde in het programma Kassa en door de infoflits op de website van gedaagde en de publicatie van de voorbeeldbrieven wekt gedaagde de indruk dat eiseres zich stelselmatig en op grote schaal bezig houdt met het ongevraagd en zonder toestemming overzetten van telefoonabonnementen. Gedaagde spreekt daarmee als onafhankelijke autoriteit een zeer beschadigend oordeel uit terwijl het onderzoek nog maar net is gestart en eiseres nog niet in staat is gesteld om informatie aan te leveren aan gedaagde om de klachten te kunnen onderzoeken. Gedaagde schendt hiermee de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht. Daarnaast handelt hij in strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM en het grondbeginsel van hoor en wederhoor. Eiseres wordt hierdoor ernstig geschaad in haar reputatie en bedrijfsbelang. Met name is daarvoor van belang de context waarin de publieke uitslatingen door gedaagde zijn gedaan. Door deel te nemen als onafhankelijke toezichthouder aan het VARA programma Kassa krijgt de tendentieuze berichtgeving van dit programma naar het publiek toe een uitstraling van betrouwbaarheid en legitimatie die onjuist is. De plaatsing van het bericht op www.consuwijzer.nl versterkt dat. Het bericht is misleidend en schadelijk voor eiseres. Hierin wordt, terwijl gedaagde terughoudend dient te zijn in verband met het lopende onderzoek, gesteld dat eiseres zich stelselmatig en op grote schaal bezig houdt met het ongevraagd en zonder toestemming overzetten van telefoonabonnementen. Voorts is gebleken dat gedaagde heeft gecorrespondeerd met consumenten van wie hij een klacht heeft ontvangen. Derhalve dient gedaagde ook die consumenten rechtstreeks te informeren over de onrechtmatigheid van zijn uitslatingen en adviezen. Gedaagde voert gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Gedaagde handelt ten opzichte van eiseres onrechtmatig indien hij in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover hij beschikte of behoorde te beschikken, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijke nadelige effecten van deze maatregelen voor eiseres daaronder begrepen – met het oog op de bescherming van consumentenbelangen in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat de door hem gegeven voorlichting geïndiceerd was.

3.2. In het onderhavige geval staat vast dat onder meer bij gedaagde een groot aantal klachten is binnengekomen over eiseres en gedaagde naar aanleiding daarvan een onderzoek heeft ingesteld. Omdat het onderzoek nog gaande is, is nog niet komen vast te staan dat de klachten over eiseres gegrond zijn. Van een redelijk handelend toezichthouder kan in beginsel worden gevergd dat hij niet voordat het onderzoek is afgerond in de vorm van voorlichting uitslatingen doet over de gegrondheid van klachten of de indruk wekt dat deze gegrond zijn, tenzij aanstonds en zonder nader onderzoek duidelijk is dat dit het geval is. Dat geen voorlichting dient te worden gegeven gedurende een onderzoek geldt in het bijzonder

in de periode dat eiseres in de gelegenheid is gesteld om door gedaagde gevraagde informatie aan hem te verschaffen.

3.3. Gedaagde heeft aangevoerd dat hij op zorgvuldige wijze invulling heeft gegeven aan zijn voorlichtingstaak en daarbij rekening heeft gehouden met de belangen van eiseres, maar gelet op de grote hoeveelheid klachten die bij hem is binnengekomen een directe voorlichting van consumenten noodzakelijk was.

Naar voorlopig oordeel heeft gedaagde in redelijkheid niet tot de conclusie kunnen komen dat de voorlichting op een wijze als hij heeft gedaan in het onderhavige geval geïndiceerd was voordat zijn onderzoek naar de gegrondheid van de klachten was afgerond. In dat verband is van belang dat de door gedaagde gegeven voorlichting – door middel van het deelnemen aan het programma Kassa en de mededelingen op zijn website ConsuWijzer – bestemd is voor het grote publiek. Gedaagde dient zich te realiseren dat het grote publiek veelal oppervlakkig van deze programma's en dergelijke berichten kennisneemt en daardoor nuances verloren plegen te gaan. Hoewel de door een medewerkster van gedaagde in het programma Kassa gedane mededelingen op zichzelf genomen niet onjuist zijn geweest en de mededelingen op de website Consuwijzer dat op zichzelf genomen evenmin zijn, dient gedaagde als toezichthouder – mede gelet op de aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende onschuldpresumptie – rekening te houden met de zojuist geschetste omstandigheid.

3.4. In het licht van het vorenstaande heeft gedaagde naar voorlopig oordeel te voortvarend gehandeld door deel te nemen aan het programma Kassa – in ieder geval zonder duidelijk aan te geven dat gedaagde nog onderzoek doet naar de geuite klachten en dat daarom over de gegrondheid daarvan nog geen uitspraak gedaan kan worden- en te voortvarend gehandeld door op zijn website de infoflits over vragen over eiseres op te nemen.

Het deelnemen aan een programma als Kassa waarin – naar gedaagde kon voorzien en verwachten – de klachten over eiseres aan de orde zouden komen, brengt het risico met zich dat zelfs indien de door de medewerkster van gedaagde gedane mededelingen – die er op neerkomen dat de klachten over eiseres bekend zijn, ongeveer 1000 klachten zijn ingediend en op welke wijze een eventueel abonnement kan worden beëindigd – op zichzelf niet onjuist zijn, deze in de context van dit programma voor het grote publiek de indruk kunnen wekken dat gedaagde deze klachten zeker niet zonder iedere grond acht. Die indruk dient gedaagde, in de periode dat het onderzoek nog loopt, niet te wekken, tenzij de gegrondheid van die klachten aanstonds en zonder nader onderzoek duidelijk is. Het ligt wanneer van een dergelijke evidente gegrondheid geen sprake is, zoals in casu, niet voor de hand om op dat moment deel te nemen aan een dergelijk programma, in ieder geval niet zonder duidelijk aan te geven dat geen uitspraken kunnen worden gedaan over de gegrondheid van bij gedaagde binnengekomen klachten. Anders dan eiseres betoogt, behoefde gedaagde, indien hij voor deelname kiest, niet afstand te nemen van door derden in het programma gedane uitlatingen. Naar hiervoor is overwogen, diende gedaagde alleen de indruk te vermijden dat de

klachten gegrond waren nu niet aanstonds en zonder nader onderzoek vaststond dat de klachten gegrond waren en het onderzoek daarnaar nog liep.

3.5. Hoewel de infoflits op de website ConsuWijzer voorts alleen aangeeft of en hoe abonnementen bij telecomaanbieders kunnen worden beëindigd, wordt in de kop daarvan verwezen naar eiseres en wordt in de aanhef vermeld dat veel vragen zijn ontvangen over de klantenwerving en het ongevraagd overzetten van abonnementen door eiseres. Naar voorlopig oordeel ontstaat bij oppervlakkige lezing van deze website de indruk – nu informatie wordt verschaft over het beëindigen van abonnementen en tevens wordt aangegeven hoe deze beëindiging kan plaatsvinden na het ongevraagd overzetten van abonnementen – dat gedaagde de vragen en klachten die over eiseres zijn binnengekomen met name over het ongevraagd overzetten van een telefoonabonnement niet zonder iedere grond acht. Voorts heeft gedaagde onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het vermelden van eiseres op de website noodzakelijk zou zijn om de voor het beëindigen van telecomabonnementen noodzakelijke informatie te kunnen vinden. Naar voorlopig oordeel zou het vermelden van de term telecomaanbieders in plaats van de naam van eiseres in dat verband toereikend kunnen zijn. Overigens worden op deze website geen uitlatingen gedaan over de onjuistheid van de handelwijze van eiseres, zoals eiseres betoogt.

3.6. Het verweer van gedaagde dat sprake was van een acute situatie waarin niet kon worden gewacht met de hiervoor genoemde maatregelen wordt gepasseerd. Naar onder 3.1 is overwogen, dient gedaagde naast de consumentenbelangen ook die van eiseres in acht te nemen. Nu de hiervoor genoemde voor het grote publiek bestemde mededelingen van gedaagde tot voor eiseres grote schade kunnen leiden, dient gedaagde zich daarvan te onthouden zolang de gegrondheid van die klachten niet aanstonds en zonder nader onderzoek vaststond en het onderzoek van gedaagde nog niet was afgerond.

Het betoog dat gedaagde in het leven is geroepen om mededelingen als in Kassa te doen in het belang van consumenten, maakt het vorenstaande niet anders. Deze omstandigheid rechtvaardigt niet dat gedaagde in het onderhavige geval de indruk wekt dat de klachten tegen eiseres gegrond zijn. Er zijn andere manieren – ook bij deelname aan dergelijke programma's – om consumenten op hun rechten te wijzen zonder de hiervoor bedoelde nog onvoldoende gefundeerde indruk te wekken.

3.7. Voor zover eiseres voorts betoogt dat gedaagde onrechtmatig handelt door de mededeling te (laten) doen – of zich daarvan niet te distantiëren – dat onderzoek wordt gedaan naar aanleiding van de over eiseres geuite klachten, is naar voorlopig oordeel van onrechtmatig handelen geen sprake. Gedaagde handelt niet onrechtmatig door naar buiten te (laten) brengen dat klachten zijn geuit over eiseres en dat daarnaar onderzoek wordt gedaan. Wel dient gedaagde terughoudendheid te betrachten aangaande mededelingen over de loop van het onderzoek en de precieze strekking daarvan.

3.8. Het vorenstaande brengt mee dat gedaagde naar voorlopig oordeel onrechtmatig jegens eiseres heeft gehandeld door de hiervoor bedoelde indruk te wekken dat de klachten over eiseres gegrond zijn op het moment dat het onderzoek van gedaagde nog niet was afgerond.

3.9. Het onder I en onder II gevorderde zal niet worden toegewezen, nu deze vorderingen te ver voeren. Mede gelet op het hiervoor overwogene heeft eiseres niet aannemelijk gemaakt dat gedaagde in de toekomst na het wijzen van dit vonnis onrechtmatige mededelingen in publicaties of in openbare uitspraken zal blijven doen.

3.10. De onder III gevorderde rectificatie op de website is op de wijze als hierna te melden toewijsbaar zolang uit het onderzoek van gedaagde niet is gebleken dat eiseres zich niet aan de terzake geldende regelgeving houdt. Het formaat van de rectificatie zal worden gelast in de door gedaagde (subsidiair) aangegeven grootte nu eiseres onvoldoende heeft betwist dat het door haar gevorderde formaat technisch niet haalbaar is. De onder III gevorderde en toe te wijzen rectificatie als hierna te melden, maakt voldoende duidelijk dat thans geen specifieke uitlatingen kunnen worden gedaan over eiseres.

Een rectificatie in het programma Kassa zoals onder IV gevorderd, wordt niet toewijsbaar geacht, omdat gedaagde afhankelijk is van de medewerking van dit programma. Een rectificatie voorafgaand en na Kassa wordt disproportioneel geacht gelet op het daarmee te dienen doel en de daaraan verbonden kosten nu ook al een rectificatie op de website wordt geplaatst. Het subsidiair gevorderde komt evenwel voor toewijzing in aanmerking maar zal worden beperkt tot drie landelijke dagbladen en zal in de grootte van de advertentie worden beperkt tot een achtste pagina.

3.11. Nu op de door eiseres genoemde websites geen mededelingen voorkomen over een onderzoek naar eiseres, maar wel een verwijzing inhouden naar eiseres zal het onder V vermelde op de wijze als hierna wordt vermeld worden toegewezen.

Gelet op het vooroverwogene kan vooral de combinatie van het noemen van eiseres samen met een tekst over het ongevraagd overzetten van abonnementen de indruk wekken dat gedaagde de klachten niet zonder iedere grond acht. Door het schrappen van de verwijzing naar eiseres wordt die indruk op een toereikende wijze vermeden.

3.12. Het onder VI gevorderde zal worden afgewezen. Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat gedaagde in zijn antwoorden aan individuele consumenten die per e-mail aan hem vragen hebben gesteld mededelingen heeft gedaan die de indruk zouden kunnen wekken dat de over eiseres geuite klachten gegrond zijn. Ook blijft het mogelijk voor gedaagde om consumenten (individueel) voor te lichten over rechten die zij hebben en dat geldt ook voor de mogelijkheden van beëin-

diging van abonnementen, zolang daaraan door gedaagde niet de naam van alleen eiseres wordt verbonden terwijl het onderzoek naar eiseres nog gaande is.

3.13. De vordering onder VII is niet-ontvankelijk omdat terzake een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

Voorts heeft eiseres in het licht van het onder VIII gevorderde onvoldoende aanmerkelijk gemaakt dat gedaagde bij het doen van zijn onderzoek naar de handelwijze van eiseres onrechtmatig jegens haar handelt of zal gaan handelen. Overigens voegt deze vordering niets toe aan de verplichtingen die eiseres op grond van artikel 3:4 en 5:13 Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds heeft.

3.14. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen sub III, IV en V zullen worden toegewezen als na te melden.

Er bestaat voor het toewijzen van de onder IX gevorderde dwangsom geen aanleiding nu de voorzieningenrechter er van uitgaat dat gedaagde de in dit vonnis opgenomen veroordeling zal naleven.

3.15. Gedaagde zal, als de merendeels in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

verklaart eiseres niet ontvankelijk ten aanzien van de vordering onder VII; beveelt gedaagde binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis de navolgende rectificatie te plaatsen gedurende 30 dagen als nieuwsbericht op de website www.consuwijzer.nl en www.consumentenautoriteit.nl en wel goed leesbaar, evenwichtig verspreid en in normaal lettertype, gecentreerd, in zwarte letters tegen een witte achtergrond en geëncadreerd in een vlak van 8 bij 7 centimeter bemeten op een 17 inch beeldscherm en bij een resolutie van tenminste 1024 x 768 pixels:

RECTIFICATIE

In de afgelopen periode heeft de Consumentenautoriteit, al dan niet door middel van ConsuWijzer, zich (indirect) negatief uitgelaten over de telefonische verkoopmethoden van Pretium Telecom B.V. Deze uitlatingen zijn onder meer gedaan in het VARA televisieprogramma Kassa op 7 april 2007 en op de website www.consuwijzer.nl.

Door de voorzieningenrechter van de Haagse rechtbank is bepaald dat de Consumentenautoriteit als onafhankelijk toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld door voormelde (indirecte) uitlatingen te doen terwijl overtreding van de betreffende regelgeving door Pretium Telecom B.V. niet vaststaat.

De Haagse Voorzieningenrechter heeft ons daarom bij vonnis van 8 mei 2007 gelast dit bericht te doen plaatsen.

beveelt gedaagde voornoemde rectificatie ter grootte van een achtste pagina te laten afdrukken in de eerstvolgende zaterdageditie van drie landelijke dagbladen; gelast gedaagde de naam Pretium Telecom in de onder 1.8 bedoelde verwijzing en het bericht op de website www.consuwijzer.nl te verwijderen zolang het onderzoek naar eiseres nog loopt en niet is gebleken dat eiseres de regelgeving overtreedt;

veroordeelt gedaagde in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van eiseres begroot op € 1.137,85, waarvan € 816,- aan salaris procureur, € 251,- aan griffierecht en € 70,85 aan dagvaardingskosten; verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en uitgesproken ter openbare zitting van 8 mei 2007 in tegenwoordigheid van de griffier.

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 20 juni 2007
Busted by SKS
LJN-nummer BA8830

Onrechtmatige uitlating, rectificatie

Eiser heeft met gedaagde gechat, waarbij gedaagde zich voor heeft gedaan als een 13-jarig meisje. Gedaagde heeft op haar website, www.pasop.nu/stopkindersex, teksten van chatsessies, alsmede een foto van eiser voorzien van de tekst 'BUSTED BY SKS', de naam van eiser, diens leeftijd, woonadres en e-mailadres alsmede uiterlijke kenmerken, gepubliceerd. Hoewel het belang van gedaagde om seksueel kindermisbruik aan de kaak te stellen een zwaarwegend belang is, heeft zij door vooralsnog niet te verschijnen, zichzelf niet in de gelegenheid gesteld de stellingen van eiser te weerleggen. Veroordeling tot verwijdering gewraakte uitlatingen, rectificatie en proceskosten.

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE
sector civiel recht - voorzieningenrechter

VONNIS in kort geding van 20 juni 2007,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 07/550 van:

[eiser],
wonende te [gemeente A],
eiser,
procureur mr. P.C. Kaiser,

tegen

[gedaagde], optredend namens de organisatie Stop Kindersex Nu,
zonder bekende woon- of verblijfplaats,
gedaagde,
niet verschenen.

1. De procedure

./ Eiser heeft de dagvaarding, alsmede een wijziging van eis doen uitbrengen overeenkomstig aangehechte kopieën en heeft ter zitting van 14 juni 2007 bij de daarin opgenomen eis volhard.

Gedaagde is behoorlijk opgeroepen tegen die terechtzitting, doch is aldaar niet verschenen. Tegen haar is verstek verleend.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 14 juni 2007 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Eiser heeft met gedaagde gechat, waarbij gedaagde zich voor heeft gedaan als een 13-jarig meisje.

2.2. Gedaagde heeft op haar website, www.pasop.nu/stopkindersex, teksten van chatsessies, alsmede een foto van eiser voorzien van de tekst 'BUSTED BY SKS', de naam van eiser, diens leeftijd, woonadres en e-mailadres alsmede uiterlijke kenmerken, gepubliceerd.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Beoordeeld dient te worden of de vordering de voorzieningenrechter noch onrechtmatig noch ongegrond voorkomt.

3.2. Aan de orde is de vraag of door het doen van voornoemde uitlatingen op de website van gedaagde onrechtmatig jegens eiser is gehandeld.

3.3. Deze vraag ligt in het spanningsveld tussen het recht op vrijheid van meningsuiting enerzijds en het recht op bescherming van de eer en goede naam en de persoonlijke levenssfeer anderzijds. Hierbij staan twee hoogwaardige maat-

schappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat men zich (in het openbaar) kritisch, informierend, opiniërend, of waarschuwend moet kunnen uitlaten om te voorkomen dat door een gebrek aan bekendheid bij het grote publiek mogelijke misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan; aan de andere kant het belang dat burgers of rechtspersonen niet door publicaties op een website worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen. Tussen deze belangen bestaat geen rangorde. Welk van de belangen in het gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel – in een situatie als de onderhavige – in het bijzonder van de volgende: de ernst van de misstand welke de publicatie op de website aan de kaak beoogt te stellen; de aard van de verwijten; de mate waarin deze verwijten waargemaakt kunnen worden of op goede gronden kan worden aangenomen dat deze waar zijn; de ernst van de verwachte gevolgen voor degenen die als zodanig bestempeld worden.

3.4. Hoewel het belang van gedaagde om seksueel kindermisbruik aan de kaak te stellen een zwaarwegend belang is, heeft zij door vooralsnog niet te verschijnen, zichzelf niet in de gelegenheid gesteld de stellingen van eiser te weerleggen. Eiser heeft betoogd dat hij slechts één chatsessie met gedaagde heeft gehad en niet, zoals gedaagde op haar website doet suggereren, meerdere chatsessies over verschillende dagen. Bovendien had die ene chatsessie naar de mening van eiser geen erotische lading. Daarnaast stelt eiser dat met de op de website van gedaagde weergegeven inhoud van de chatsessie(s) is gemanipuleerd. Dat heeft tot gevolg dat gedaagde eiser ten onrechte heeft bestempeld als een persoon die zich zou inlaten met seksueel kindermisbruik, omdat de aantijgingen jegens eiser onvoldoende feitelijke grondslag hebben.

3.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering ten aanzien van het gevraagde verbod van publicatie noch onrechtmatig, noch ongegrond voorkomt. Dit brengt met zich dat dit deel van de vordering zal worden toegewezen. Dit geldt eveneens voor rectificatie op de website van gedaagde en een excuusbrief als hier na te melden.

3.6. Het gevorderde verbod dat gedaagde in zijn algemeenheid geen meningen over en foto's van personen op haar website mag plaatsen komt niet voor toewijzing in aanmerking. Daargelaten dat door eiser onvoldoende is onderbouwd dat gedaagde jegens iedere persoon op haar website onrechtmatig zou handelen, is gesteld noch gebleken dat eiser ten behoeve van deze personen een vorderingsrecht toekomt.

3.7. De door eiser ter versterking van de gevraagde geboden gevorderde dwangsommen zullen worden toegewezen, met dien verstande dat zij zullen worden gematigd en gelimiteerd. Er zal worden bepaald dat de op te leggen dwangsommen vatbaar zijn voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks

mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.8. De vordering van eiser tot betaling van een voorschot op schadevergoeding zal als niet onderbouwd en daarmee ongegrond worden afgewezen. Immers gesteld noch gebleken is dat eiser reeds thans schade tot de door hem gevorderde bedragen heeft geleden.

3.9. Gedaagde zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

gelast gedaagde om alles over eiser in relatie tot kinderseks of anderszins negatieve uitlatingen over zijn persoon onmiddellijk van het internet te doen verwijderen;

veroordeelt gedaagde om vanaf heden de volgende rectificatie te plaatsen op haar website www.pasop.nu, voor de duur van twee maanden of zolang in een verzet-procedure niet anders zal zijn beslist:

‘De voorzieningenrechter van de rechtbank te ’s-Gravenhage is in kort geding-vonniss van 20 juni 2007 tot het oordeel gekomen, dat de uitlatingen betreffende [eiser] ongefundeerd op de website zijn geplaatst.

De suggestie dat [eiser] zich zou inlaten met het misleiden van jonge meisjes is niet onderbouwd. Niet gebleken is dat [eiser] zich heeft ingelaten met onoorbare zaken en de beschuldigingen op internet zijn daarom ongefundeerd. Tegen hem is geen aangifte gedaan, noch is hij veroordeeld voor hetgeen waarvan hij door mij is beschuldigd.

Het is nooit mijn bedoeling geweest om iemand ten onrechte te beschuldigen en publiekelijk aan de schandpaal te nagelen. Daarom heb ik de informatie van de website gehaald en bied ik langs deze weg mijn excuses aan voor de schade en het ongemak die ik veroorzaakt heb.

Ten slotte deel ik mede geen gegevens van [eiser] meer te publiceren.

De voorzieningenrechter heeft mij veroordeeld tot deze publicatie.

[gedaagde]’

veroordeelt gedaagde om een excuusbrief aan eiser te schrijven met daarin opgenomen bovengenoemde tekst;

bepaalt dat gedaagde een dwangsom verbeurt van € 100,- per dag of dagdeel indien zij niet of niet tijdig aan voornoemde gelasting of veroordelingen voldoet, met een maximum van € 10.000,-;

bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3.7. is vermeld;

veroordeelt gedaagde in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van eiser begroot op € 3.017,85-, waarvan € 527,- aan salaris procureur, € 2.420,- aan griffierecht en € 70,85 aan dagvaardingskosten;
verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A.G.M. van Rens en uitgesproken ter openbare zitting van 20 juni 2007 in tegenwoordigheid van de griffier.

Sector kanton Rb. Haarlem 29 augustus 2007
Marijn Ontwerp
LJN-nummer BB2576

**E-commerce, algemene voorwaarden, feitelijke terhandstelling,
art. 6:234 lid 1 BW**

Het gebruik van het internet is in het huidige tijdsgewricht inmiddels zodanig ingeburgerd, dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter gelijkwaardig geacht kan worden aan de feitelijke terhandstelling daarvan als genoemd in artikel 6:234 lid 1 sub [a - red.] BW.

RECHTBANK HAARLEM

Sector kanton
Locatie Haarlem

zaak/rolnr.: 343701/ CV EXPL 07-3455
datum uitspraak: 29 augustus 2007

VONNIS VAN DE KANTONRECHTER

inzake

[eiseres]
h.o.d.n. Marijn Ontwerp
te [woonplaats]
eisende partij
hierna te noemen [eiseres]
gemachtigde J. West

tegen

[gedaagde],
h.o.d.n. Hanson Bedrijfsmakelaardij
te [woonplaats]
gedaagde partij
hierna te noemen [gedaagde]
gemachtigde mr. F.M. Veerman

De procedure

[eiseres] heeft [gedaagde] gedagvaard op 3 april 2007 en gevorderd conform de dagvaarding. [gedaagde] heeft schriftelijk geantwoord. [eiseres] heeft haar vordering bij akte verminderd.

Nadat de kantonrechter had beslist dat de zaak zich niet leent voor een comparitie van partijen na antwoord, heeft [eiseres] schriftelijk op het antwoord gereageerd, waarna [gedaagde] nog een schriftelijke reactie heeft gegeven.

De feiten

1. Op 22 maart 2006 heeft [eiseres] [gedaagde] een offerte doen toekomen voor het ontwikkelen van een illustratielijn en sjablonenreeks ten behoeve van zijn bedrijf. Op de offerte staat onder meer de volgende tekst:

“Op de dienstverlening zijn Algemene leveringsvoorwaarden van toepassing [...]. Deze Algemene leveringsvoorwaarden vindt u op www.marijnontwerp.nl en worden u op verzoek onmiddellijk verstrekt.”

2. Tussen partijen is vervolgens een mondelinge overeenkomst tot stand gekomen, ingevolge waarvan [eiseres] voor [gedaagde] werkzaamheden heeft verricht.

3. [eiseres] heeft [gedaagde] bij facturen van 26 juni 2006 (factuurnr. 45037), 10 augustus 2006 (factuurnr. 45039) en 5 oktober 2006 respectievelijk € 2.097,97, € 2.142,- en € 1.071,- in rekening gebracht.

4. [gedaagde] heeft de facturen niet binnen de daarop vermelde termijn van 14 dagen voldaan.

5. Bij brief van 5 oktober 2006 heeft [eiseres] onder meer het volgende aan [gedaagde] medegedeeld:

“Na meervoudig telefonisch contact met u over de openstaande facturen [...] stuur ik hierbij dit schrijven.

In het telefoongesprek met u op donderdag 28-09 jl. gaf u aan dat de facturen 524 45037 en 524 45039 die ochtend over gemaakt waren.

Tot mijn verbazing kom ik er een week later achter dat ik deze twee betalingen nog steeds niet heb ontvangen. Daarom stuur ik hierbij nogmaals een herinnering van de twee openstaande facturen, tevens stuur ik u de rekening van de laatste 5 illustraties.”

6. Bij brieven van 17 oktober 2006 en 26 oktober 2006 heeft M. Boerop namens [eiseres] [gedaagde] aangemaand tot betaling van de facturen met de nummers 45037 en 45039, vermeerderd met administratiekosten en rente.

7. Bij brief van 6 november 2006 heeft M. Boerop onder meer het volgende aan [gedaagde] medegedeeld:

“In navolging van ons telefonisch onderhoud van 2 november jl. bevestig ik hierbij dat u heeft aangegeven om deze week “een bedrag” te voldoen.”

8. Bij brief van 28 november 2006 heeft de incassogemachtigde van [eiseres] [gedaagde] gesommeerd tot betaling van een bedrag van € 6.283,44 ter zake van de facturen van 26 juni 2006, 10 augustus 2006 en 5 oktober 2006, vermeerderd met rente, incasso- en informatiekosten.

9. [gedaagde] heeft daarna een bedrag van € 4.428,70 aan [eiseres] voldaan.

10. Bij brief van 7 december 2006 heeft de incassogemachtigde van [eiseres] [gedaagde] gesommeerd tot betaling van het restant van € 1.868,14.

11. [gedaagde] heeft op 14 mei 2007 een bedrag van € 882,27 aan [eiseres] voldaan.

De vordering

[eiseres] vordert, na haar vordering bij akte te hebben verminderd, (samengevat) veroordeling van [gedaagde] tot betaling van € 1.031,84. [eiseres] stelt daartoe het volgende.

[gedaagde] is in verzuim geraakt met de betaling van de facturen. Hij is ingevolge artikel 6:119a BW de wettelijke handelsrente verschuldigd over de hoofdsom. De rente bedraagt, berekend tot 3 april 2007, € 224,31.

Door ondanks aanmaning met betaling van de facturen in gebreke te blijven, heeft [gedaagde] [eiseres] genoodzaakt haar vordering uit handen te geven. [eiseres] heeft daardoor vermogensschade geleden, bestaande uit de buitengerechtelijke incassokosten ten belope van € 807,53, zijnde 15% van de hoofdsom inclusief rente. Deze kosten komen ingevolge de toepasselijke voorwaarden dan wel krachtens de wet voor rekening van [gedaagde].

Het verweer

[gedaagde] betwist de vordering. Hij voert daartoe, kort samengevat en voor zover van belang, het volgende aan.

[eiseres] heeft de algemene voorwaarden niet voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst aan [gedaagde] ter hand gesteld. Zij maken dan ook geen deel uit van de overeenkomst. Voor zover nodig beroept [gedaagde] zich op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden op de voet van artikel 6:233 j° 234 BW.

De wettelijke handelsrente

[gedaagde] is niet met betaling in verzuim gekomen. Tussen partijen is discussie ontstaan over de door [eiseres] gefactureerde licentiekosten en de kwaliteit van het afgeleverde werk. [gedaagde] heeft daaromtrent eerst duidelijkheid gewenst alvorens tot betaling van de facturen over te gaan.

Het enkele verstrijken van de op de facturen genoemde termijn van 14 dagen brengt geen verzuim mee, nu geen fatale termijn is overeengekomen. [eiseres] komt dan ook geen beroep op artikel 6:83 lid 1 (de kantonrechter leest: sub a) BW toe. Het verzuim treedt eerst in nadat op de voet van artikel 6:82 BW in gebreke is gesteld, met een redelijke termijn om alsnog na te komen. De eerste ingebrekestelling was de brief van de deurwaarder van 28 november 2006. Door binnen de in die brief genoemde termijn van 8 dagen tot betaling van de eerste twee facturen over te gaan, is [gedaagde] met betrekking tot die facturen niet in verzuim gekomen.

Volgens [gedaagde] heeft [eiseres] geen recht heeft op licentievergoedingen. [gedaagde] heeft dus al teveel aan [eiseres] betaald, zodat zij geen recht heeft op betaling van de factuur van 5 oktober 2006. Reeds daarom kan van verzuim met betrekking tot die factuur geen sprake zijn. Daarbij komt dat [gedaagde] de factuur van 5 oktober 2006 nooit heeft ontvangen. Eerst door middel van de brief van de deurwaarder van 28 november 2006 heeft [gedaagde] er kennis van genomen. Voor zover er met betrekking tot deze factuur al sprake zou zijn van verzuim, dan kan dit verzuim dus pas zijn ingetreden na het verstrijken van de in die brief genoemde termijn van 8 dagen.

Ten slotte is niet duidelijk vanaf welke datum de rente is berekend, omdat [eiseres] van de eerste twee facturen bij dagvaarding alleen de herinnering, waarop geen factuurdatum staat aangegeven, heeft overgelegd.

De buitengerechtelijke incassokosten

Van contractuele verschuldigdheid van buitengerechtelijke incassokosten is geen sprake, nu op de overeenkomst geen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Ook het bepaalde in artikel 6:96 BW kan niet tot toewijzing van de buitengerechtelijke incassokosten leiden, omdat de incassowerkzaamheden niets meer hebben omvat dan het opstellen van enkele standaardbriefjes. Deze werkzaamheden zijn aan te merken als werkzaamheden ter instructie van de zaak, waarvoor de wettelijke proceskostenregeling een vergoeding pleegt in te houden. De gevorderde kosten staan bovendien niet in verhouding tot de hoofdsom, te minder nu

het grootste deel daarvan al direct na de eerste aanmaning van de deurwaarder is voldaan. [gedaagde] sommeert [eiseres] de overeenkomst over te leggen uit hoofde waarvan zij aan haar incassogemachtigde een tarief van 15% van de hoofdsom verschuldigd is.

De beoordeling van het geschil

Het onderhavige geschil betreft, na de vermindering van eis, nog slechts de door [eiseres] gevorderde rente en buitengerechtelijke incassokosten.

Ingevolge artikel 6:233 sub b is een beroep op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden mogelijk, indien de gebruiker van die voorwaarden de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om daarvan kennis te nemen. Artikel 6:234 lid 1 sub a BW bepaalt vervolgens dat er sprake is van de in artikel 6:233 sub b BW genoemde redelijke mogelijkheid, indien de gebruiker de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld.

[eiseres] heeft als reactie op het verweer van [gedaagde] betoogd, dat zij [gedaagde] de in artikel 6:233 BW genoemde redelijke mogelijkheid heeft geboden, omdat zij de algemene voorwaarden tezamen met de offerte van 22 maart 2006 aan [gedaagde] heeft doen toekomen en tevens omdat op de offerte de vindplaats van de algemene voorwaarden wordt vermeld alsmede de mogelijkheid om de voorwaarden op verzoek toegezonden te krijgen.

[gedaagde] heeft gepersisterd bij zijn verweer en heeft betwist dat de algemene voorwaarden aan de offerte waren gehecht.

De offerte van 22 maart 2006 verwijst naar de vindplaats van de algemene voorwaarden op de website van [eiseres]. Het gebruik van het internet is in het huidige tijdsgewricht inmiddels zodanig ingeburgerd, dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter gelijkwaardig geacht kan worden aan de feitelijke terhandstelling daarvan als genoemd in artikel 6:234 lid 1 sub BW. De beantwoording van de vraag of [eiseres] de algemene voorwaarden tezamen met de offerte van 22 maart 2006 aan [gedaagde] heeft toegestuurd, is dan ook niet bepalend voor de uitkomst van het onderhavige geschil. Nu door [gedaagde] geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat het hem onmogelijk was om via het internet kennis te nemen van de door [eiseres] gehanteerde algemene voorwaarden, leidt het voorgaande ertoe dat zijn beroep op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden geen effect kan sorteren.

Met betrekking tot de gevorderde rente en buitengerechtelijke incassokosten wordt het volgende overwogen.

De wettelijke handelsrente

Voor zover uit het verweer van [gedaagde] kan worden afgeleid dat hij een beroep doet op opschorting in verband met het niet nakomen door [eiseres] van haar verplichtingen uit de overeenkomst, wordt nog het volgende overwogen. Voor een geslaagd beroep op opschorting heeft te gelden dat de tekortkoming de opschor-

ting dient te rechtvaardigen. Uit hetgeen [gedaagde] in deze procedure heeft aangevoerd kan echter niet worden afgeleid welk deel van de werkzaamheden naar zijn mening niet naar behoren door [eiseres] is verricht en in hoeverre de opschorting in overeenstemming is met de tekortkoming. Bovendien is niet gebleken is dat [gedaagde] [eiseres] tijdig, dat wil zeggen vóór aanvang van deze procedure, duidelijk te kennen heeft gegeven eerst tot betaling te zullen overgaan, als zij deugdelijk zou hebben gepresteerd.

Het opschortingsverweer van [gedaagde] wordt derhalve verworpen.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [gedaagde] ingevolge artikel 9.1 van de op de overeenkomst toepasselijke algemene leveringsvoorwaarden met de betaling van de facturen van 26 juni 2006 en 10 augustus 2006 in verzuim is gekomen na het verstrijken van de betalingstermijn van 14 dagen, zodat hij over deze facturen de wettelijke handelsrente verschuldigd is. Nu [gedaagde] de ontvangst van deze facturen niet heeft betwist, kan hem ook duidelijk zijn vanaf welke datum [eiseres] de rente over deze facturen heeft berekend. De omstandigheid dat [eiseres] bij dagvaarding niet de oorspronkelijke facturen in het geding heeft gebracht, is dan ook niet relevant.

Nu [gedaagde] na dagvaarding de factuur van 5 oktober 2006 heeft voldaan, behoeft zijn verweer dat [eiseres] geen recht heeft op betaling daarvan, geen bespreking meer.

Als reactie op de stelling van [gedaagde] dat hij niet eerder van de factuur van 5 oktober 2006 heeft kennisgenomen dan door de brief van de deurwaarder van 28 november 2006, heeft [eiseres] betoogd dat zij deze factuur, tezamen met de brief van 5 oktober 2006 en de daarin genoemde eerste twee facturen persoonlijk op het kantoor van [gedaagde] heeft afgegeven. [gedaagde] heeft niet meer op de stellingen van [eiseres] gereageerd, zodat zijn verweer als onvoldoende gemotiveerd wordt verworpen. Dit leidt ertoe dat [gedaagde] ook over de factuur van 5 oktober 2006 de wettelijke handelsrente verschuldigd is na het verstrijken van de betalingstermijn van 14 dagen.

De buitengerechtelijke incassokosten

[eiseres] heeft bij conclusie van repliek ter ondersteuning van haar vordering een kopie overgelegd van de door de deurwaarder geaccepteerde incasso-opdracht. Het in de op de incasso-overeenkomst toepasselijke algemene voorwaarden genoemde percentage van 15% van de hoofdsom, is als niet door [gedaagde] betwist komen vast te staan.

De kantonrechter is voorts, in aanmerking genomen de door [eiseres] overgelegde brieven van de deurwaarder, van oordeel dat genoegzaam is gebleken dat de incasso-werkzaamheden meer hebben omvat dan verrichtingen ter voorbereiding van de procedure, waarvoor artikel 237 Rv een vergoeding pleegt in te houden.

Mede gelet op de omstandigheid dat het door [eiseres] gevorderde bedrag aan incassokosten lager is dan het bedrag dat ingevolge de kantonrechterstaffel van het rapport Voorwerk II mag worden berekend over de hoofdsom inclusief rente – deze bedroeg op het moment dat [eiseres] de vordering uit handen gaf, € 5.469,10 –, is de kantonrechter van oordeel dat de gevorderde buitengerechte-

lijke incassokosten niet als buitenproportioneel kunnen worden aangemerkt. Dit leidt ertoe dat het verweer van [gedaagde] faalt, zodat ook het gedeelte van de verminderde vordering dat ziet op veroordeling van [gedaagde] tot betaling van een bedrag van € 807,53 ter zake van incassokosten, toewijsbaar is.

Hetgeen partijen voor het overige hebben aangevoerd, behoeft geen bespreking meer, nu dit niet tot een andere beslissing kan leiden.

De proceskosten komen voor rekening van [gedaagde] omdat deze in het ongelijk wordt gesteld.

Beslissing

De kantonrechter:

- veroordeelt [gedaagde] tot betaling aan [eiseres] van € 1.031,84 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over € 882,27 vanaf 20 maart 2007 tot aan de dag van de algehele voldoening;
- veroordeelt [gedaagde] tot betaling van de proceskosten, die aan de kant van [eiseres] tot en met vandaag worden begroot op de bedragen zoals deze hieronder zijn gespecificeerd:

dagvaarding	€ 92,41
vastrecht	€ 199,-
salaris gemachtigde	€ 250,-;
- verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J.P. Veenhof en uitgesproken op de openbare terechtzitting van bovengenoemde datum.

Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 september 2007
Email geen bestand
LJN-nummer BB3700

Email, art. 11 lid 1 WoB, intern beraad, persoonlijke beleidsopvattingen, bestand, art. 1 sub c Wbp

Het geschil ziet op het niet openbaren van de uitdraai van de e-mailwisseling tussen een ambtenaar van de politieregio Brabant Zuid-Oost en ambtenaren van andere politiekorpsen, die heeft plaatsgevonden met betrekking tot twijfels omtrent de identiteit van eiser. In dit geding is aan de orde of verweerder terecht besloten heeft de gevraagde stukken niet ter inzage te verstrekken. Wat betreft de WoB oordeelt de rechter dat er sprake is van

persoonlijke beleidsopvattingen in een document ten behoeve van intern beraad (art. 11 lid 1 Wob). Het beroep op de Wbp strandt op het feit dat in casu de emailwisseling niet onder het begrip "bestand" van art. 1 sub c Wbp valt. Het is namelijk geen "gestructureerd geheel van persoonsgegevens" omdat er niet op grond van meer dan één kenmerk een onderlinge samenhang vertoond wordt.

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector bestuursrecht

Zaaknummer: AWB 06/2574

UITSPRAAK van de meervoudige kamer van 11 september 2007

inzake

[eiser],
te [woonplaats],
eiser,
gemachtigde mr. H. van Drunen,

tegen

de Korpsbeheerder van de Politieregio Brabant Zuid-Oost,
te Eindhoven,
verweerder,
gemachtigden mr. F.F.M.J. van den Einden en M. Strijbos.

Procesverloop

Op 14 oktober en 27 oktober 2005 heeft eiser aan verweerder op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) respectievelijk de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) mondeling aan verweerder verzocht om afschriften van de e-mailwisseling waarbij de aandacht werd gevestigd op vragen omtrent de identiteit van eiser.

Bij besluit van 27 oktober 2005 heeft de plaatsvervangend Korpschef het verzoek op grond van de Wob afgewezen.

Bij besluit van 9 november 2005 heeft de Korpschef het verzoek op grond van de Wbp afgewezen.

Bij besluit van 6 april 2006 heeft verweerder de door eiser tegen deze besluiten gemaakte bezwaren ongegrond verklaard en deze besluiten gehandhaafd.

Bij brief van 14 mei 2006 heeft eiser beroep ingesteld.

Bij beslissing van 8 september 2006 ingevolge artikel 8:29, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft de rechtbank bepaald dat beperking van

de kennisneming door eiser van de stukken die onderwerp van geschil zijn gerechtvaardigd is en die inzage niet toegestaan.

Bij brief van 10 september 2006 heeft eiser aan de rechtbank medegedeeld dat geen bezwaar bestaat tegen vertrouwelijke kennisname door de rechtbank van de niet ter inzage gegeven stukken.

De zaak is behandeld ter zitting van de meervoudige kamer van 11 juli 2007 waar eiser is verschenen in persoon, bijgestaan door de gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door de gemachtigden.

Overwegingen

In dit geding is aan de orde of verweerder terecht besloten heeft de gevraagde stukken niet ter inzage te verstrekken.

Het geschil ziet op het niet openbaren van de uitdraai van de e-mailwisseling tussen een ambtenaar van de politieregio Brabant Zuid-Oost en ambtenaren van andere politiekorpsen, die heeft plaatsgevonden met betrekking tot twijfels omtrent de identiteit van eiser.

Standpunt van partijen

Verweerder heeft aan het bestreden besluit – voor zover dat betrekking heeft op de Wob – gelet op de toelichting ter zitting primair als wettelijke basis ten grondslag gelegd artikel 11, eerste lid, van de Wob. Het verstrekken van informatie doet afbreuk aan het principe van vrijelijk van gedachten kunnen wisselen van ambtenaren onderling. De betreffende e-mails kunnen ook inhoudelijk niet bekend worden gemaakt aangezien daarmee de identiteit van de betrokken ambtenaren kan worden achterhaald. De betrokken ambtenaren hebben aangegeven dat zij niet instemmen met bekendmaking. Het belang van openbaarheid van de informatie weegt volgens verweerder niet op tegen het belang van de betrokken ambtenaren. Verweerder heeft in dit verband subsidiair aan het besluit ten grondslag gelegd dat op grond van artikel 10, tweede lid, sub e en g van de Wob het verstrekken van informatie ingevolge de Wob achterwege blijft voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Verweerder stelt zich – voor zover het besluit betrekking heeft op de Wbp – primair op het standpunt dat geen sprake is van een bestand in de zin van de Wbp. De e-mailwisseling is niet vastgelegd met het oog op een systematische toegankelijkheid maar is uitsluitend bewaard in het kader van eisers verzoek.

Subsidiair is verweerder van mening dat de Wbp niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden.

Eiser daarentegen is – wat de Wob betreft – van mening dat noch zijn identiteit noch die van zijn gemachtigde ooit onderdeel kunnen uitmaken van een persoonlijke beleidsopvatting. Daarnaast heeft de gemachtigde van verweerder tijdens de zitting van 14 oktober 2005 geciteerd uit deze e-mail. Daarmee heeft ze de inhoud van deze e-mail buiten de kring van de overheid gebracht en kan een beroep op deze uitzonderingsgrond geen stand houden. Tevens geeft verweerder in het besluit aan dat deze mail afkomstig is van externe personen.

Verweerder laat volgens eiser na duidelijk aan te geven welke belangen bij toepassing van artikel 10, tweede lid, sub e en g van de Wob afgewogen worden. Alle documenten zijn in beginsel openbaar.

Wat de weigering op grond van de Wbp betreft stelt eiser zich op het standpunt dat – nu uit uitspraken van de geadresseerde van deze mail blijkt dat zowel eisers naam als die van zijn gemachtigde in de e-mail voorkomen – dit stuk betrekking heeft op meerdere individuele personen en het systematisch toegankelijk is. Derhalve is het e-mail bericht een persoons-registratie dan wel maakt het onderdeel uit van een registratie (de verzameling van e-mail berichten van verweerder). De geadresseerde heeft de inhoud van deze mail op de eerdere openbare zitting naar buiten gebracht. Daarnaast is geen sprake van persoonlijke registratie, maar is de inhoud gedeeld met collega's. Ook is er geen sprake van een huishoudelijke registratie.

Wettelijk kader

Ter zake van het beroep op grond van de Wob is het wettelijk kader:

Artikel 1 van de Wob, voor zover in casu van belang, luidt als volgt:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. document: een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat;
- b. bestuurlijke aangelegenheid: een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan;
- c. intern beraad: het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid;
- f. persoonlijke beleidsopvatting: een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten.

Artikel 3 van de Wob luidt, voor zover in casu van belang, als volgt:

1. Een ieder kan een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.
5. Een verzoek om informatie wordt ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.

Artikel 11 van de Wob, voor zover van toepassing, luidt als volgt:

1. In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.
2. Over persoonlijke beleidsopvattingen kan met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.
3. (..).
4. (..).

Ter zake van het beroep op grond van de Wbp is het wettelijk kader:

Artikel 1 van de Wbp, voor zover van toepassing, luidt als volgt:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. persoonsgegevens: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon;
- b. verwerking van persoonsgegevens: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens;
- c. bestand: elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens, ongeacht of dit geheel van gegevens gecentraliseerd is of verspreid is op een functioneel of geografisch bepaalde wijze, dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen;
- d. (..).

Artikel 2, eerste lid, van de Wbp luidt als volgt:

Deze wet is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede de niet geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.

Oordeel van de rechtbank

De rechtbank heeft met toepassing van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb kennis genomen van de door verweerder vertrouwelijk overgelegde stukken en overweegt gelet op de gedingstukken en het verhandelde ter terechtzitting als volgt.

– *Wob*

De rechtbank stelt voorop dat het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob uitsluitend het algemene belang van een goede en democratische besluitvorming dient, welk belang de Wob vooronderstelt. Derhalve kan ten aanzien van open-

baarheid geen onderscheid worden gemaakt naar gelang de persoon of de oogmerken van de verzoeker. Bij de te verrichten belangenafweging worden het algemene belang bij openbaarmaking van de gevraagde informatie en de weigeringsgronden waarop verweerder zich beroept betrokken.

De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat een ambtelijke e-mail als (elektronisch) document in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob heeft te gelden. De rechtbank is, mede gelet op de uitspraak van de Raad van State van 20-12-2006 (LJN: AZ4788), van oordeel dat partijen zich op goede gronden op dit standpunt hebben kunnen stellen. De rechtbank merkt hierbij tevens op dat de definiëring van het begrip document mede omvat de techniekonafhankelijke formulering “ander materiaal dat gegevens bevat” zodat het begrip document een zeer brede categorie informatiedragers kan omvatten, waaronder ook e-mail.

Ook is niet in geschil dat de onderhavige e-mail een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van artikel 1, aanhef en onder b, van de Wob betreft, nu sprake is van enige verbinding met de beleidsvorming, dan wel met de voorbereiding van een bestuursorgaan, te weten met eisers verzoeken op grond van de Wob.

Aldus valt het verzoek, gelet op het bepaalde in artikel 3, eerste lid, van de Wob, onder het toepassingsbereik van de Wob.

Het niet-openbaar maken heeft verweerder primair doen steunen op artikel 11, eerste lid, van de Wob.

De rechtbank overweegt dat het begrip “intern beraad” in artikel 11 van de Wob tamelijk ruim moet worden opgevat. Met “intern beraad” wordt volgens de definitie in artikel 1 bedoeld het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid, dus over de vorming of uitvoering van beleid. Ten aanzien van documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad moet van de bedoeling om deze als stukken voor intern beraad beschouwd te zien, uitdrukkelijk blijken of men moet deze bedoeling redelijkerwijs kunnen vermoeden.

In beginsel wordt geen informatie verstrekt over in dergelijke stukken opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. De bijzondere bescherming in de Wob heeft tot doel te verzekeren dat bij de vorming en uitvoering van beleid in een vertrouwelijke sfeer kan worden beraadslaagd en gebrainstormd (Kamerstukken II, 19 859, nr. 3 pag. 13/14). Het begrip “persoonlijke beleidsopvattingen” kan ook gegevens van feitelijke aard omvatten, wanneer die laatste zeer nauw verbonden zijn met de daarop gebaseerde argumenten en standpunten.

De rechtbank is uit de betreffende wisseling van e-mailberichten, in de aanhef waarvan de term “vertrouwelijk” voorkomt, gebleken dat deze niet alleen ziet op het uitspreken van twijfel omtrent eisers identiteit maar ook op de vraag hoe om te gaan met deze twijfel.

De rechtbank is van oordeel dat hiermee sprake is van persoonlijke beleidsopvattingen nu wordt opgeroepen mee te beraadslagen over hoe men hierover binnen de politie een gemeenschappelijk standpunt kan innemen. Betrokkenen hadden – gelet op de gebruikte terminologie – tevens het oogmerk van intern beraad.

Het kenmerk van intern beraad is dat men hierover in principe in vrijheid moet kunnen beraadslagen, hetgeen – ingevolge artikel 11, eerste lid, van de Wob –

betekent dat niet alleen de inhoud maar ook (mede) de namen van de betrokkenen anoniem dienen te blijven.

Aan de datering van de e-mails en de afzonderlijke pagina-nummering komt naar het oordeel van de rechtbank geen afzonderlijke betekenis toe.

Dat de e-mailwisselingen het interne karakter hebben verloren – doordat deze door verweerders gemachtigde ter zitting van 14 oktober 2005 zouden zijn voorgelezen – is de rechtbank niet gebleken. Uit het proces-verbaal van het verhandelde ter zitting blijkt niet van een dergelijke voordracht.

Aldus heeft verweerder zich op goede gronden op het standpunt kunnen stellen dat het bepaalde in artikel 11, eerste lid, van de Wob van toepassing is.

De rechtbank is voorts van oordeel dat verweerder zich eveneens in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het bepaalde in artikel 11, tweede lid niet tot gedeeltelijke openbaarmaking dient te leiden (van alleen de persoonlijke beleidsopvattingen) nu de inhoud (deels) te herleiden is tot de identiteit van de bij de e-mail betrokken ambtenaren, het geen uitgekristalliseerde opvattingen/beleid betreft, en betrokkenen tevens hebben aangegeven niet met openbaarmaking in te stemmen.

Bij een van de in het kader van de e-mailwisseling gezonden e-mails is als attachment een bestand gevoegd dat eiser wellicht bekend kan zijn. De rechtbank er gaat – gelet op de inhoud – echter vanuit dat dit bestand zozeer samenhangt met de gevoerde discussie, dat in casu openbaarmaking kan leiden tot herleidbaarheid daarvan tot een bepaalde politieregio en/of ambtenaar. De rechtbank is van oordeel dat het bepaalde in artikel 11 van de Wob zich daarom eveneens tegen bekendmaking verzet.

Met betrekking tot de in geschil zijnde e-mailberichten en het daarmee samenhangende beroep op de Wob is de rechtbank mitsdien van oordeel dat dit document overwegend persoonlijke beleidsopvattingen bevat, waarover verweerder op grond van artikel 11 van de Wob geen informatie behoeft te verstrekken en dat de feitelijke gegevens die onderdeel uitmaken van dit document zozeer verweven zijn met de persoonlijke beleidsopvattingen dat verweerder openbaarmaking hiervan eveneens met een beroep op artikel 11 van de Wob achterwege heeft mogen laten.

Nu deze weigeringsgrond terecht is toegepast kan de rechtbank de weigeringsgronden ingevolge artikel 10 van de Wob verder onbesproken laten.

– *Wbp*

Onderdeel van het bestreden besluit vormt tevens de in bezwaar gehandhaafde weigering van verweerder om eiser de e-mailgegevens te verstrekken op grond van de Wbp.

Verweerder stelt zich in dezen primair op het standpunt dat eiser geen te honoreren beroep op verstrekking kan doen omdat geen sprake is van een bestand in de zin van de Wbp.

Een bestand kan zowel geautomatiseerde als niet-geautomatiseerde verwerkingen bevatten (Kamerstukken II, 25 892, nr. 3). Aldus kunnen in principe ook e-mailberichten – gesteld dat aan de criteria is voldaan – onder het begrip “bestand” vallen.

Van een “bestand” is blijkens de Memorie van Toelichting sprake als de persoonsgegevens onderdeel uitmaken van een gestructureerd geheel dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen. De rechtbank is niet gebleken van een gestructureerd geheel in de zin van het op grond van meer dan één kenmerk vertonen van een onderlinge samenhang. Het al dan niet in de computerprogrammatuur voorhanden zijn van een zoekmachine maakt nog niet dat sprake is van een gestructureerd bestand.

Ook is geen sprake van gegevens omtrent verschillende personen, nu de e-mail-wisseling ziet op de twijfels omtrent eisers identiteit. Dat in verband hiermee meerdere namen worden genoemd, waaronder die van eisers gemachtigde, doet hier niet aan af.

Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat verweerder zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake is van een bestand in de zin van de Wpb. Mitsdien valt het verzoek van eiser niet onder het toepassingsbereik van de Wpb.

Conclusie

Gelet op het vorenoverwogene zal de rechtbank het beroep ongegrond verklaren. De rechtbank acht geen termen aanwezig één van de partijen te veroordelen in de door de andere partij gemaakte proceskosten.

Mitsdien wordt beslist als volgt.

Beslissing

De rechtbank,

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door mr. P.H.C.M. Schoemaker als voorzitter en mrs. D.J. de Lange en M.T. van Vliet als leden van de meervoudige kamer, in tegenwoordigheid van mr. J.F.M. Emons als griffier en uitgesproken in het openbaar op 11 september 2007.

Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 8 oktober 2007
Octopussy
LJN-nummer BC1859

Onrechtmatige uiting, zoekmachine, reputatieschade, rectificatie, immateriële schadevergoeding

Onrechtmatige uitingen aan het adres van een advocaat met termen als be-roven, bedreigen, dood procederen en chantage – ernstige en diffamerende

*beschuldigingen, die grote schade aan zijn reputatie kunnen toebrengen.
Veroordeling om uitlatingen te verwijderen, zoekmachines aan te schrijven,
rectificatie te plaatsen en immateriële schadevergoeding te betalen.*

zaaknummer / rolnummer: 164003 / KG ZA 07-576

VONNIS in kort geding van 8 oktober 2007

in de zaak van

1. [eiser sub 1],
wonende te [woonplaats],
2. [eiser sub 2],
wonende te [woonplaats],
eisers,
procureur mr. P.C.M. van der Ven,

tegen

1. de stichting
[gedaagde sub 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [gedaagde sub 2],
wonende te [woonplaats],
3. [gedaagde sub 3],
wonende te [woonplaats],
gedaagden,
advocaat mr. M.J. Jeths te Utrecht.

Partijen zullen hierna “[eisers]” en “[gedaagden].” genoemd worden. Daar waar eisers en gedaagden afzonderlijk worden bedoeld zullen zij worden aangeduid met onderscheidenlijk “[eiser sub 1]” en “[eiser sub 2]” respectievelijk “[gedaagde sub 1]”, “[gedaagde sub 2]” en “[gedaagde sub 3]”.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van [eisers].

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. [eiser sub 1] is advocaat te [vestigingsplaats] en handelt in die hoedanigheid mede onder de naam [naam]. [eiser sub 2] is advocaat te [vestigingsplaats].

2.2. [gedaagde sub 1] is domeinnaamhoudster van [website]. [gedaagden]. exploiteren door middel van die domeinnaam een gelijknamige website. [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 3] zijn bestuursleden van [gedaagde sub 1].

2.3. [gedaagde sub 1] heeft op haar website [website] onder “[naam] op 29 juni 2007 en 5 juli 2007 publicaties geplaatst met de titel “Octopussy 321” respectievelijk “Octopussy 322”. Deze publicaties luiden als volgt:

“Octopussy (321)

vrijdag 29 juni 2007

We hebben het her en der al eens gehad over de [[vestigingsplaats]s] b[eis]er [eiser sub 2]. Zowel in verband met Pink Panther Eddie de Kroes en zijn vermaarde vrijgeleide, als zijn vermeende rol in de [[vestigingsplaats]s] avontuurlijke sector (1).

Recentelijk kregen we een mail van een fanantieke lezer en laat daar nou ook zijn naam in voorkomen. Jawel.

Kunnen wij u niet onthouden. Gaat ie.

“Hierbij bericht ik u dat ik informatie bezit, omtrent [eiser sub 2] te [vestigingsplaats] die in collusie met [eiser sub 1] te [vestigingsplaats] tientallen personen beroofden, bedreigen en dood procederen. Ondergetekende is één van hun vele slachtoffers, echter een slachtoffer met tanden, die bereid is de strijd om het behoud van een constitutionele rechtstaat zijn leven op te offeren. Na een onderzoek van meer dan een jaar, heb ik mijn onderzoek rapport afgerond, intussen heeft mijn klacht tegen [eiser sub 1] voor het Hof van Discipline op 11 juni 2007 gediend (uitspraak 7 september 2007).

Tevens heb ik een klacht ingediend tegen [eiser sub 2] wegens samenspanning met meinedige verklaringen bij de Deken van Advocaten te Rotterdam.

Vertrouwende u hierbij voldoende te hebben geïnformeerd, ben ik bereid u onder geheimhouding tot bewijs het één en ander nader toe te lichten, met vriendelijke groet”...

Niet misselijk hè. Dus wij even met de getroffen gebeld. Wil je niet weten. Oh, wil je wel weten. Nou, dan komen we daar in de nabije toekomst nog even dikbelegd op terug. Stay tuned.

1. U weet het: even “[eiser sub 2]” invoeren op de daartoe bestemde plek, op het knopje van de dienstlift drukken en voilà”

En:

“Octopussy (322)

donderdag 5 juli 2007

Logisch. Wij passen op het welzijn van onze informanten als een pitbull op zijn lunchpakket. Daarom hebben wij na het verschijnen van aflevering 321 van deze serie even aan onze in verdrinking geraakte lezer gevraagd of er nog repercussies waren geweest. Ontvingen we het volgende antwoord op:

“Tijdens de zitting op 11 juni 2007 ben ik onder aanwezigheid van zes rechters bedreigd door [eiser sub 2]. Indien ik mijn onderzoeksrapport openbaar zou maken zou [eiser sub 2] mij laten vervolgen. Uiteraard neem ik alle verantwoordelijkheid voor het onderzoeksrapport op mij. Er is meer dan een jaar aan gewerkt. Alle feiten zijn onderbouwd via correspondentie, e-mail, faxen en getuigen. Mijn aanklacht tegen [eiser sub 2] is door de Deken van de Orde van Advocaten te Rotterdam, mr. Kneppelhout, ontvankelijk verklaard. Dit is inmiddels aan [eiser sub 2] schriftelijke bekend gemaakt.”

Wat houdt die aanklacht in? Een klein emmertje:

“Chantage met valse sommatie; Valse meinedige dagvaarding; Meineed, rechtsmisbruik en rechtsdwaling met voorbedachten rade; volharden in meineed, rechtsmisbruik en rechtsdwaling met voorbedachten rade;

Onrechtmatig beslag loon van echtgenote klager”

Nou heeft bef [eiser sub 2] al vaker de hitte van een barbecue van dichtbij gevoeld (1), maar hoe is het met bef [eiser sub 1], de hoofdpersoon van het rapport? Nou, da's ook niet mis. De eerste pagina van het duimendikke rapport dat wij inmiddels door de bus kregen gewurmd was een afbeelding van een kalende bef in toga, die licht jolig met een paar ferme guns staat te zwaaien met als onderschrift: [naam], eerst schieten dan praten. Humor meneer Sonneberg. Waar is de gulle lach op heden gebleven? [naam] staat voor [naam], [naam] en [eiser sub 1], maar volgens hulle zelf ook voor Kracht, Doorzettingsvermogen en Kreativiteit. Dus dat belooft nog wat. Jiha. Stay tuned.

1. Zie bijvoorbeeld het artikel “Retourtje Cantrade” op de site van de Morgenster.”

2.4. De publicaties zijn vervolgens geplaatst op de aan Witheet Publishing LLC te Amsterdam als domeinnaamhouder toebehorende website www.rapidfire.nl onder de hyperlinks <http://rapidfire.nl/node/694>, met vermelding “Ingediend door [naam] op Don, 2007-07-05 10:05” en <http://rapidfire.nl/node/699>, met vermelding “Ingediend door [naam] op Vrij, 2007-06-29 22:59”.

2.5. Op 9 juli 2007 hebben [eisers] voor het eerst kennis genomen van de publicaties Octopussy 321 en Octopussy 322 op [website]. Diezelfde dag heeft [eiser sub 1] [gedaagden]. telefonisch één werkdag de gelegenheid geboden de inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 te verwijderen en verwijderd te houden, alsmede hun anonieme bron bekend te maken inzake de daarin volgens [eiser sub 1] vervatte laster met betrekking tot [eiser sub 1] en [eiser sub 2], onder toezending van alle door die anonieme bron verstrekte elektronische en papieren documenten. Hierna hebben [eisers] [gedaagden]. per e-mail tot het vorenstaande gesommeerd, welke sommatie op 13 juli 2007 aan gedaagden is betekend.

2.6. Op of omstreeks 13 juli 2007 is de inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 op [website] verwijderd.

3. Het geschil

3.1. [eisers] vorderen – samengevat – [gedaagden]. hoofdelijk te veroordelen tot:

1. bekendmaking van de identiteit en contactgegevens van hun anonieme bron, aan wie zij de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322 hebben ontleend;
2. afgifte van alle aan hen verstrekte elektronische en papieren documenten afkomstig van hun anonieme bron;
3. het verwijderd houden van de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322 op de website [website];
4. het nalaten van publicatie van berichten van gelijke strekking als de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322 op de website [website] of in papieren uitgaven van [gedaagde sub 1], waaronder [naam];
5. indiening van een verzoek bij de domeinnaamhouder van www.rapidfire.nl tot het verwijderen en verwijderd houden van de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322, met gelijktijdig afschrift van dat verzoek, per exploit aan [eisers] te betekenen;
6. het nalaten van elke vorm van verspreiding van de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322;
7. het geven van opdracht aan de exploitanten van de in de dagvaarding genoemde zoekmachines tot verwijdering van de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322, met gelijktijdig afschrift van dat verzoek, per exploit aan [eisers] te betekenen;
8. alles op straffe van verbeurte van een dwangsom; alsmede [gedaagden]. hoofdelijk te veroordelen tot:
9. betaling aan [eisers] van een bedrag van € 15.000,- ten titel van voorschot op vergoeding van immateriële schade;
10. betaling aan [eisers] van een bedrag van € 10.000,- ten titel van voorschot op vergoeding van materiële schade; alsmede [gedaagden]. hoofdelijk te veroordelen tot:
11. plaatsing van een rectificatie met de in de dagvaarding genoemde inhoud op de openingspagina (homepage) van de website [website], alsmede op de aanvangspagina's van de binnen die periode verschijnende papieren uitgaven van [naam];
12. verstrekking van een lijst, waarop alle hyperlinks staan vermeld waarop de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322 door toedoen van [gedaagden]. toegankelijk is;
13. alles op straffe van verbeurte van een dwangsom; en [gedaagden]. hoofdelijk te veroordelen tot:
14. betaling aan [eisers] van buitengerechtelijke kosten.

3.2. [eisers] leggen hieraan – kort en zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag.

De publicaties Octopussy 321 en Octopussy 322 zijn lasterlijk en onrechtmatig jegens [eisers]

[gedaagden]. handelen onrechtmatig jegens [eisers], door met vermelding van de identiteit van [eisers] deze van hun anonieme bron afkomstige publicaties, die ernstige en reputatieschadelijke valse beschuldigingen betreffende [eisers] bevatten, aan de openbaarheid prijs gegeven middels publicatie op de website [website] en verdere verspreiding op het internet, waaronder op de website www.rapid-fire.nl. Zulks geldt temeer daar deze openbaarmaking zonder toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden.

Door de publicatie van Octopussy 321 en Octopussy 322 wordt de verdien capaciteit en het klantenwervingspotentieel van [eisers] aangetast en beschadigd. Bovendien hebben [gedaagden]. [eisers] door de publicatie emotionele schade berokkend.

3.3. [gedaagden]. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voorop wordt gesteld dat [gedaagden]. ter zitting hebben verklaard dat zij – onder voorbehoud van rechten – reeds hebben voldaan aan de onderdelen 2 tot en met 7 en onderdeel 11 van de vordering. Deze stelling hebben zij evenwel niet met stukken van overtuiging onderbouwd, bij gebreke waarvan [eisers] betwisten dat [gedaagden]. aan voormelde onderdelen van de vordering hebben voldaan.

4.1.1. Gezien het vorenstaande valt voor de rechter niet te verifiëren of [gedaagden]. daadwerkelijk aan voornoemde onderdelen van de vordering hebben voldaan. Afgezien daarvan biedt de enkele verklaring van [gedaagden]. dat zij voldaan hebben aan het gevorderde onvoldoende zekerheid of zij ook aan het gevorderde blijven voldoen. Mitsdien hebben [eisers] nog een rechtens te respecteren belang bij onderdelen 2 tot en met 7 en onderdeel 11 van de vordering, zoals neergelegd in de dagvaarding.

4.1.2. Nu [gedaagden]. om hun moverende redenen aanleiding hebben gezien c.q. zien om aan de onderdelen 2 tot en met 7 en onderdeel 11 van de vordering te voldoen en de toewijsbaarheid daarvan ook thans niet inhoudelijk betwisten, acht de rechter hen niet in hun belangen geschaad bij toewijzing van het ten deze gevorderde, ook indien zou komen vast te staan dat zij daar reeds – geheel dan wel gedeeltelijk – ten tijde van dit vonnis reeds aan hadden voldaan. De onderdelen 2 tot en met 7 en onderdeel 11 van de vordering worden dan ook toegewezen, als na te melden. Daarbij wordt de gevorderde rectificatie aan de hierna volgende beoordeling aangepast.

4.1.3. Verder wordt de gevorderde dwangsom gemitigeerd als na te melden. Aan de gevorderde dwangsom wordt een rechterlijke matigingsbevoegd van de hierna te melden inhoud verbonden.

4.2. Ter zitting hebben [gedaagden]. het vermoeden van [eisers] bevestigd dat [naam], geboren op [geboortedatum] te [geboorteplaats], met het adres [adres], de door hen aangehaalde anonieme bron is met betrekking tot de inhoud van Octopussy 321 en Octopussy 322. Nu [gedaagden]. de identiteit en contactgegevens van de anonieme bron bekend hebben gemaakt, daarmee het reeds bij [eisers] levende vermoeden omtrent de identiteit van de bron voor de berichten bevestigend, hebben [eisers] geen belang meer bij onderdeel 1 van de vordering. De vordering wordt daarom in zoverre afgewezen.

4.3. Nu [gedaagden]. hebben erkend dat de publicatie van Octopussy 321 en Octopussy 322 enkel heeft plaatsgevonden onder de reeds door [eisers] zelf bij dagvaarding aangehaalde hyperlinks <http://rapidfire.nl/node/694>, <http://rapidfire.nl/node/699>, [http://\[website\]/kleintje/actueel/GJBC1183112055.html](http://[website]/kleintje/actueel/GJBC1183112055.html) en [http://\[website\]/kleintje/actueel/MFNV1183624957.html](http://[website]/kleintje/actueel/MFNV1183624957.html), hebben [eisers] evenmin belang bij onderdeel 12 van de vordering, zodat op die grond dit onderdeel van de wordt afgewezen.

4.4. De onderdelen 9 en 10 van de vordering strekken tot betaling van een geldsom. Voor toewijzing van een dergelijke vordering in kort geding is slechts dan plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering in hoge mate aannemelijk zijn, terwijl voorts uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is en het risico van onmogelijkheid van terugbetaling – bij afweging van de belangen van partijen – aan toewijzing niet in de weg staat.

4.4.1. [gedaagden]. betwisten dat, voor zover zij al door het publiceren van Octopussy 321 en Octopussy 322 jegens [eisers] schadeplichtig zijn, [eisers] door deze publicatie materiële schade hebben geleden. Dit verweer slaagt. Niet aannemelijk is gemaakt dat [eisers] tengevolge van de publicatie klanten hebben verloren en dientengevolge inkomsten derven. Zulks is ook niet gebleken ten aanzien van de concreet door [eisers] genoemde cliënt H. te W. Dat [eisers] tengevolge van de publicatie potentiële klanten hebben misgelopen is louter gebaseerd op een daartoe aan de zijde van [eisers] bestaande vrees.

Gezien het vorenstaande is derhalve vooralsnog niet aannemelijk geworden dat [eisers] ook daadwerkelijk materiële schade hebben geleden als gevolg van de – terecht – door hen gewraakte publicaties en dat hun aanspraak op vergoeding van die schade in een bodemgeschil zal worden toegewezen. Aan die eis voor toewijzing in kort geding van een geldvordering is dan niet voldaan. Daarop stuit onderdeel 10 van de vordering af.

4.4.2. In het kader van het gevorderde voorschot op te vergoeden immateriële schade staat centraal de vraag of de plaatsing van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 op het internet een onrechtmatige daad jegens [eisers] oplevert die hen jegens [eisers] schadeplichtig doet zijn. [gedaagden]. hebben dat betwist.

4.4.3. Om dat te bepalen dient een afweging te worden gemaakt die met inachtneming van alle bijzonderheden van het geval ertoe strekt na te gaan welke van beide hier tegenover elkaar staande fundamentele rechten – enerzijds het recht op vrijheid van meningsuiting aan de zijde van [gedaagden]. en anderzijds het recht

op bescherming van eer en goede naam aan de zijde van [eisers] – in dit geval zwaarder weegt. Hierbij is enerzijds van belang de aard van de inhoud van de publicaties en de ernst van de te verwachten gevolgen voor [eisers] en anderzijds het doel van de publicaties door [gedaagden], de mate waarin ten tijde van deze publicaties de uitlatingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal en de mate van (in het gegeven geval vereiste) zorgvuldigheid die [gedaagden] bij de publicatie hebben betracht.

4.4.4. Niet in geschil is dat [gedaagden], met de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 middels plaatsing op haar website [website] in de openbaarheid hebben willen treden. Deze rubrieken dienen daarom als een perspublicatie te worden beschouwd. Als uitgangspunt bij de beoordeling van een perspublicatie geldt het recht van vrijheid van meningsuiting. Dit impliceert dat [gedaagden], in beginsel de vrijheid hebben haar visie c.q. de visie van een derde op [eisers] te publiceren. Uiteraard dienen zij daarbij rekening te houden met de rechten en vrijheden van [eisers], zoals het recht op bescherming van diens eer en goede naam, maar dit betekent niet dat de publicatie zonder meer als onrechtmatig is aan te merken zodra daarin (deels) onware mededelingen over c.q. beschuldigingen van [eisers] voorkomen. De vraag of de publicatie in dit geval als onrechtmatig is aan te merken hangt af van de hierna te beoordelen concrete factoren en omstandigheden.

4.4.5. [gedaagden], stellen zich op het standpunt dat de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 het karakter hebben van een column, aan welke uitingsvorm niet dezelfde (hoge) eisen mogen worden gesteld als aan onderzoeksjournalistiek. Zij kunnen daarin enigszins worden gevolgd voor zover het de inleiding en de afsluiting van de aangehaalde rubrieken betreft alwaar ter inleiding op de citaten op spottende en provocerende toon erop gewezen wordt dat [eiser sub 2] en [eiser sub 1] met de anonieme bron van deze citaten een geschil hebben. De citaten zelf hebben evenwel niet het karakter van een column, noch wordt in de begeleidende tekst getracht de betreffende citaten van een relativerende context te voorzien. In de citaten wordt op tendentieuze wijze de reputatie van [eisers] ter discussie gesteld, waarbij in het midden kan blijven of de gebruikte termen “beroofden” en “bedreigen” in strafrechtelijke of in louter figuurlijke zin worden gebruikt. Daarbij worden zij naast beroving en bedreiging beticht van onder meer het “dood procederen” van niet nader aangeduide personen, “samenspanning met meinedige verklaringen”, “Chantage met valse sommatie; Valse meinedige dagvaarding; Meineed, rechtsmisbruik en rechtsdwaling met voorbedachten rade; volharden in meineed, rechtsmisbruik en rechtsdwaling met voorbedachten rade”.

Dit zijn – zeker aan het adres van een advocaat – ernstige en diffamerende beschuldigingen, die grote schade aan zijn reputatie kunnen toebrengen. Zulks geldt temeer daar deze beschuldigingen zonder enige flankerende berichten van de zijde van [gedaagden], op het internet zijn geplaatst, teneinde de gemiddelde lezer duidelijk te maken dat de aangehaalde citaten louter de persoonlijke opvatting van de geciteerde weergeven en dat geen onderzoek naar het waarheidsgehalte van de beschuldigingen heeft plaatsgevonden. Als gevolg van de gekozen wijze van presentatie kan bij het gemiddelde publiek licht de indruk zijn ontstaan

dat de beschuldigingen gefundeerd zijn op serieus onderzoek en derhalve (dus) enige feitelijke grondslag zullen hebben, terwijl [gedaagden]. erkend hebben naar het realiteitsgehalte van de beschuldigingen geen (eigen) onderzoek te hebben ingesteld. Gezien het nog immer toenemende gebruik van internet “zoekmachines” ten behoeve van de informatievoorziening voor het grote publiek, waartoe ook de potentiële clientèle van [eisers] moet worden gerekend, ligt in de rede aan te nemen dat potentiële klanten van [eisers] ook door gebruik te maken van dergelijke “zoekmachines” informatie over de reputatie van hun (aspirant-)raadsman trachten te verkrijgen en dat zij aldus, bij kennisneming van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322, een ongunstig beeld krijgen van [eisers] en – mede – onder die invloed er wellicht van af zullen zien om hun belangen door [eisers] te laten behartigen.

Gelet op de ernst van de beschuldigingen moeten er dan ook hoge eisen gesteld worden aan de mate waarin de beschuldigingen kunnen worden gesubstantieerd op het moment waarop deze worden geuit. De uitlatingen in de citaten doen voorkomen dat aan de beschuldigingen een diepgaand onderzoek ten grondslag ligt, zonder dat de beschuldigingen evenwel nader worden geconcretiseerd, terwijl [eisers] de tegen hen ingebrachte beschuldigingen categorisch hebben tegengesproken. Nu [gedaagden]. zelfs geen poging hebben ondernomen om de beschuldigingen te substantiëren moet er voorshands vanuit worden gegaan dat de beschuldigingen feitelijke grondslag missen en moet het ontoelaatbaar worden geacht dat dergelijk loze beschuldigingen desondanks onder het mom van de vrijheid van meningsuiting in de openbaarheid kunnen worden gebracht. Nu [gedaagden]. zulks evenwel toch hebben gedaan hebben zij daarmee onrechtmatig gehandeld jegens [eisers]. De omstandigheid dat deze beschuldigingen zonder enige nuancering, eigen onderzoek en met voorbijgaan van het beginsel van hoor en wederhoor op het internet zijn geplaatst, waarmee [gedaagden]. bovendien het risico op de koop toe hebben genomen dat deze berichten vervolgens ongebreideld verder op het internet worden verspreid, gelijk in dit geval ook lijkt te zijn gebeurd, acht de rechter een bijkomende element dat bijdraagt aan de mate van onzorgvuldigheid die [gedaagden] kan worden verweten.

4.4.6. Gezien de aantasting van eer en goede naam van [eisers] acht de rechter het voorshands zonder meer aannemelijk dat een bodemrechter, zo deze geroepen zou worden om over dit geschil te oordelen, tot de conclusie zal komen dat [eisers] immateriële schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt.

Mede gezien die hoge mate van aannemelijkheid van het vorderingsrecht van [eisers] op [gedaagden]. op dit punt hebben zij in dit kort geding een voldoende spoedeisend belang bij het door hen gevorderde.

4.5. Nu bovendien niet is gebleken van enig restitutierisico, ziet de rechter in het voorgaande aanleiding [gedaagden]. te veroordelen tot het betalen van € 5000,- aan zowel [eiser sub 1] als aan [eiser sub 2] ten titel van (een voorschot op) immateriële schadevergoeding. Bij de bepaling van het voorschot is rekening gehouden met de bedragen die gebruikelijk in dit soort zaken wegens reputatieschade ten titel van immateriële schadevergoeding plegen te worden toegekend. Voor toe-

wijzing van een hoger bedrag zijn in dit kort geding onvoldoende aanknopingspunten naar voren gekomen.

4.6. De gevorderde buitengerechtelijke kosten zullen worden toegewezen, nu daarvan uit door [eisers] overgelegde producties 14 tot en met 17 voldoende is gebleken en bovendien niet door [gedaagden]. zijn weersproken en deze vordering, als sequeel van de hoofdvordering, om proceseconomische redenen ook in kort geding voor toewijzing in aanmerking komt.

4.7. [gedaagden]. zullen als de nagenoeg volledig in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt [gedaagden]. hoofdelijk binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan [eisers] af te leveren alle aan hen verstrekte elektronische en papieren documenten afkomstig van [naam], zoals genoemd onder 4.2, aan wie zij de in Octopussy 321 en Octopussy 322 opgenomen citaten, zoals weergegeven onder 2.3, hebben ontleend, voorzien van een door [gedaagden]. te vervaardigen index waarin die documenten in chronologische volgorde zijn opgenomen met per document ten minste de vermeldingen: afzender en ontvanger, verzend-/ontvangstdatum, alsmede de aard van het document (fax, brief, e-mail, notulen, contract, notariële akte, vonnis enz.),

5.2. beveelt [gedaagden]. om met onmiddellijke ingang op hun website [website] te verwijderen respectievelijk verwijderd te houden de onder 2.3 weergegeven inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322,

5.3. beveelt [gedaagden]. om met onmiddellijke ingang op hun website [website] of in hun papieren uitgaven (waaronder “[naam]”) publicatie achterwege te laten van berichten van gelijke of vergelijkbare strekking als de onder 2.3 weergegeven inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322,

5.4. veroordeelt [gedaagden]. binnen vierentwintig uur na betekening van dit vonnis bij de domeinnaamhouder van de website www.rapidfire.nl een verzoek in te dienen tot het verwijderen en verwijderd houden van (delen van) de onder 2.3 weergegeven inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322, waaronder de hyperlink <http://www.rapidfire.nl/node699>, met gelijktijdig afschrift van dat verzoek aan [eisers],

5.5. beveelt [gedaagden]. om met onmiddellijke ingang elke vorm van verspreiding van de onder 2.3 weergegeven inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 na te laten,

5.6. veroordeelt [gedaagden]. binnen vierentwintig uur na betekening van dit vonnis bij de exploitanten van de zoekmachines Google (www.google.nl), Yahoo (www.yahoo.com), MSN (<http://nl.msn.com>), Altavista (www.altavista.com), Alltheweb (www.alltheweb.com), Wisenut (www.wisenut.com), Ask (www.ask.com), Ilse (www.ilse.nl), Ixquick (www.ixquick.com), Kobala (www.kobala.nl), Informatiezoeken (www.informatiezoeken.nl), Track (www.track.nl), Vinden (www.vinden.nl), Metacrawler (www.metacrawler.com), Dogpile (www.dogpile.com), Looksmart (www.looksmart.com), Vivisimo (www.vivisimo.com) tot het verwijderen en verwijderd houden van de onder 2.3 weergegeven inhoud van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322, met gelijktijdig afschrift van die verzoeken aan [eisers],

5.7. beveelt [gedaagden]. om gedurende drie maanden na betekening van dit vonnis op de openingspagina (homepage) van hun website [website] alsmede op de aanvangspagina's van de binnen die periode te verschijnen papieren uitgaven van "[naam]", onder kostenloze toezending aan [eisers] van deze uitgaven, in dezelfde grootte en opmaak van de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322, omgeven door een zwart kader, in zwarte letters op een witte achtergrond, zonder toegevoegd commentaar, de volgende tekst te plaatsen:

"RECTIFICATIE INZAKE DE ADVOCATEN [namen]"

Op onze site publiceerden wij in juni 2007 op basis van een anonieme bron en zonder toepassing van hoor en wederhoor in de rubrieken Octopussy 321 en Octopussy 322 ernstige verdachtmakingen met betrekking tot de advocaten [eiser sub 1] te [vestigingsplaats] ([mailadres]) en [[eiser sub 2]] te [vestigingsplaats] ([mailadres]), waaronder de beschuldiging dat zij zich in collusie schuldig zouden hebben gemaakt aan het beroven, bedreigen en dood procederen van tientallen personen, alsmede dat [[eiser sub 2]] deze anonieme bron op 11 juni 2007 in aanwezigheid van zes rechters bedreigd zou hebben.

De anonieme bron van deze verdachtmakingen is [naam], met het adres [adres]. De voorzieningenrechter van de sector civiel van de Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft bij vonnis van 8 oktober 2007, zaaknummer / rolnummer: 164003 / KG ZA 07-576, geoordeeld dat deze publicaties onrechtmatig zijn jegens [eiser sub 1] en [[eiser sub 2]], omdat de beweringen geen enkele steun vinden in het thans beschikbare feitenmateriaal, en dat [eiser sub 1] en [[eiser sub 2]] daardoor in eer en goede naam zijn aangetast. De voorzieningenrechter van de sector civiel van de Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft ons veroordeeld tot het plaatsen van deze tekst.

[gedaagdede sub 1]

[gedaagde sub 2], voorzitter

[gedaagde sub 3], secretaris en penningmeester"

5.8. bepaalt dat [gedaagden]. voor iedere keer dat zij in strijd handelen met het onder 5.1 tot en met 5.7 bepaalde, aan [eisers] een dwangsom verbeuren van

€ 5.000,-, vermeerderd met € 500,- voor iedere dag of gedeelte van de dag dat deze strijdigheid voortduurt,

5.9. bepaalt dat deze dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding,

5.10. veroordeelt [gedaagden]. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, binnen twee weken na betekening van dit vonnis ten titel van voorschot op immateriële schadevergoeding aan [eiser sub 1] en [eiser sub 2] ieder afzonderlijk een bedrag te betalen van € 5.000,-,

5.11. veroordeelt [gedaagden]. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, ter zake van de buitengerechte kosten aan de zijde van [eisers] aan hen een bedrag te betalen van € 116,04,

5.12. veroordeelt [gedaagden]. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van [eisers] tot op heden begroot op € 1.821,85, waarvan € 1.500,- salaris procureur en € 321,85 griffierecht en kosten dagvaarding,

5.13. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.14. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Schoorlemmer en in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2007.

Rechtbank Rotterdam 30 oktober 2007
Opruiing via link
LJN-nummer BB7174

Opruiing, verspreiding d.m.v. link, art. 132 Sr.

Bewezen wordt verklaard dat verdachte door middel van een directe link via internet en/of MSN opruiende teksten heeft verspreid. Aan de hand van de relevante concrete omstandigheden van het geval wordt geoordeeld dat i.c. het plaatsen van een link het onderliggende document wordt verspreid in de zin van art. 132 Sr. (opruiing). Die concrete omstandigheden bestaan in dit geval uit het feit dat verdachte een meer dan gewone belangstelling voor het jihadistisch-salafistisch gedachtegoed heeft en zich actief op

internet manifesteert. Zij wordt veroordeeld tot één maand gevangenisstraf.

VONNIS

van de **RECHTBANK ROTTERDAM**, meervoudige kamer voor strafzaken, in de zaak tegen de verdachte:

[verdachte],
geboren op [geboortedatum] 1987 te [geboorteplaats],
ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie op het adres [adres],
raadsman mr. B.Th. Nooitgedagt, advocaat te Amsterdam.

Onderzoek op de terechtzitting

Het onderzoek op de terechtzitting heeft plaatsgevonden op 1, 2, 8, 9, 11, 15 en 16 oktober 2007.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen is vermeld in de vordering nadere omschrijving tenlastelegging, waarbij de oorspronkelijke opgave van de feiten als bedoeld in artikel 261, derde lid van het Wetboek van Strafvordering op vordering van de officier van justitie is gewijzigd. Van deze vordering nadere omschrijving tenlastelegging is een kopie, aangeduid als A3, als bijlage aan dit vonnis gehecht. Deze bijlage maakt deel uit van dit vonnis.

Eis officier van justitie

De officier van justitie mr. Van Dam heeft gerekwireerd tot:

- vrijspraak van het onder 2 ten laste gelegde gedachtestreepje ‘Open brief aan het Nederlandse volk’;
- bewezenverklaring van het onder 1 en 2 ten laste gelegde;
- veroordeling van de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden met aftrek van voorarrest, waarvan 6 maanden voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar.

GELDIGHEID DAGVAARDING

Ten aanzien van feit 1:

De rechtbank is van oordeel dat de dagvaarding ten aanzien van de in de tenlastelegging onder feit 1 opgenomen zinsnede ‘een of meer ander(e) onbekend gebleven perso(o)n(en)’, onvoldoende concreet is. Gelet op de veelheid in het dossier voorkomende personen (al dan niet bij naam genoemd) kan niet van de ver-

dachte worden verwacht dat zij zich ten aanzien van de betreffende zinsnede op adequate wijze verdedigt. De dagvaarding zal ten aanzien van dit onderdeel nietig worden verklaard.

Namens de verdachte is aangevoerd dat de tenlastelegging (ook voor het overige) niet voldoet aan de daaraan volgens artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering te stellen eisen. Met betrekking tot feit 1 geldt dat ten aanzien van de drie feitelijke gedragingen, die volgens de officier van justitie gezien moeten worden als wervingshandelingen, iedere concretisering van (de inhoud van) de lessen, lezingen, teksten en/of afbeeldingen en/of beelden, dan wel geschriften, ontbreekt. Daarnaast acht de verdediging de woorden 'ongelovigen' en 'jihad' te onbepaald. De rechtbank is van oordeel dat voor de verdediging – gelet op de inhoud van het dossier en hetgeen is besproken ter zitting – voldoende duidelijk is wat onder 'ongelovigen' en 'jihad' zoals is opgenomen in de tenlastelegging, moet worden verstaan. Deze woorden zijn derhalve voldoende bepaald. Wel volgt de rechtbank de raadsman in zijn verweer met betrekking tot de onder het laatste gedachtestreepje opgenomen feitelijke gedragingen. Gelet op de omvang van het dossier en de bij de verdachte en medeverdachten aangetroffen geschriften en/of afbeeldingen en/of teksten had de officier van justitie niet mogen volstaan met deze vermelding. Hij had een nadere aanduiding van de feitelijke inhoud van de daar bedoelde teksten en/of afbeeldingen en/of beelden moeten geven. Bij gebreke daarvan voldoet de tenlastelegging op dit punt niet aan de eisen van artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering en is het voor de verdediging ondoenlijk om daarop verweer te voeren. De dagvaarding zal daarom ook ten aanzien van dit onderdeel (3e gedachtestreepje) nietig worden verklaard.

Dit oordeel geldt niet voor de eerste twee gedachtestreepjes, nu – zoals hiervoor vastgesteld – de woorden 'jihad' en 'ongelovigen' in de gegeven omstandigheden voldoende concreet zijn en ook de omschreven gedragingen 'overtuigen van het bestrijden' en 'lessen en/of lezingen geven', in relatie tot de inhoud van het dossier voldoende concreet zijn te noemen.

De stelling van de raadsman dat nietigheid van de dagvaarding zou moeten volgen, nu ten aanzien van beide feiten iedere vermelding ontbreekt van de omstandigheden waaronder de feiten zouden zijn begaan (als bedoeld in artikel 261 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering), kan de rechtbank, gelet op de in de tenlastelegging van beide feiten opgenomen feitelijke handelingen, niet volgen. De rechtbank zal op dit verweer daarom niet (verder) ingaan.

Ten aanzien van feit 2:

Zoals is beslist ter terechtzitting van 1 oktober 2007 is de dagvaarding voor wat betreft het woord 'waaronder' in het onder 2 ten last gelegde feit partieel nietig, omdat – in strijd met het bepaalde in artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering – onduidelijk is, gelet op de omvang van het dossier, op welke andere teksten en/of afbeeldingen dan die reeds in de tenlastelegging worden genoemd, dit woord betrekking heeft. De rechtbank zal 'waaronder' lezen als 'te weten'.

De raadsman van de verdachte heeft aangevoerd dat de dagvaarding ook voor het overige nietig verklaard dient te worden ten aanzien van de feiten ten last gelegd

onder 2. Hij heeft daartoe gesteld dat ten aanzien van deze feiten niet uit de tenlastelegging blijkt waarom de genoemde teksten opruiend van karakter zouden zijn, welke passages uit deze teksten die kwalificatie zouden moeten dragen en waarom.

De rechtbank is te dien aanzien van oordeel dat het bepaalde in artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering er niet toe noopt dat de officier van justitie in de tenlastelegging specifiek aangeeft welke passages om welke reden opruiend zouden zijn. Van belang is de relatief bescheiden omvang van de in de tenlastelegging opgesomde documenten, alsmede het feit dat alle genoemde documenten en audiobestanden dezelfde teneur hebben (zeer kort samengevat: de gewelddadige strijd tegen niet-islamieten). Nu bovendien het bestanddeel 'opruien tot het plegen van strafbare feiten of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag' niet slechts in kwalificatieve zin van belang is, maar ook voldoende feitelijke betekenis heeft voor de inhoud van de in de tenlastelegging opgesomde documenten, is de rechtbank van oordeel dat deze ten laste gelegde feiten voldoende duidelijk en concreet zijn omschreven.

De rechtbank ziet derhalve geen grond voor nietigverklaring van de dagvaarding ten aanzien van de feiten onder 2 genoemd.

De rechtbank zal de dagvaarding ook voor het overige geldig verklaren.

Ontvankelijkheid officier van justitie

Namens de verdachte is verzocht de officier van justitie niet ontvankelijk te verklaren in de vervolging wegens schending van beginselen van een behoorlijke procesorde, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een redelijke en behoorlijke belangenafweging. Uit het dossier blijkt dat gelijke of soortgelijke teksten en bestanden (als genoemd in feit 2 van de tenlastelegging) door vele jongeren worden uitgewisseld, gedownload en op het internet geplaatst. Verschillende andere personen zijn wel als verdachte aangemerkt, maar enkel de verdachte en haar medeverdachte [medeverdachte 4] worden hiervoor verder vervolgd. Teksten als de onderhavige zijn ook los van deze personen op grote schaal te vinden op het internet. Hetzelfde geldt voor extreme teksten van andere ideologische of religieuze signatuur. Deze omstandigheden maken de vervolging jegens de verdachte discriminatoir, eenzijdig en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een redelijke en behoorlijke belangenafweging.

Artikel 167, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering kent aan het openbaar ministerie een zelfstandige beslissingsbevoegdheid toe met betrekking tot de vraag of naar aanleiding van een ingesteld opsporingsonderzoek vervolging moet plaatsvinden. Daarbij geldt dat het openbaar ministerie, op grond van zijn eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot het al dan niet strafrechtelijk vervolgen van verdachten, de in het geding zijnde belangen kan en moet afwegen. Deze belangenafweging, neergelegd in het tweede lid van artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering, staat in beginsel niet ter beoordeling van de rechter. Dit is alleen anders indien het openbaar ministerie in redelijkheid niet tot vervolging

had kunnen besluiten, of wanneer anderszins sprake is van schending van enig beginsel van behoorlijke procesorde.

De door de raadsman gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een redelijke en behoorlijke belangenafweging is in het licht van het voorgaande onvoldoende onderbouwd. Het enkele feit dat “anderen” gelijksoortige teksten of bestanden hebben uitgewisseld, maakt nog niet dat daarmee sprake is van gelijke gevallen. Voorts maakt de constatering van de raadsman dat op het internet andersoortige extreme teksten te vinden zijn, de vervolging jegens de verdachte niet direct discriminatoir. De keuze van de officier van justitie om “anderen” niet te vervolgen dan wel tegen de publicatie van andere teksten niet op te treden (voor zover dat in zijn algemeenheid al juist zou zijn) staat niet in de weg aan diens keuze om ten aanzien van de verdachte wel tot vervolging over te gaan en ten aanzien van de aan haar ten laste gelegde feiten het oordeel te vragen van de rechter. Van deze beslissing kan niet worden gezegd dat dit een onge-rechtvaardigde ongelijkheid oplevert, noch dat dit schending van het beginsel van een redelijke en behoorlijke belangenafweging met zich brengt. Nu ook niet is gebleken van schending van enig ander beginsel van behoorlijke procesorde is de officier van justitie ontvankelijk in de vervolging.

Vrijspraak

Ten aanzien van feit 1:

Namens de verdachte is vrijspraak van het ten laste gelegde bepleit. Hiertoe is aangevoerd dat de feitelijke omschrijving van de handelingen niet zonder meer wervingshandelingen zijn.

Ten aanzien van de feitelijke handelingen zoals opgenomen in de tenlastelegging overweegt de rechtbank als volgt:

– eerste streepje (overtuigen van jihad):

Medeverdachten hebben samen bepaalde beelden (bijvoorbeeld van onthoofdingen, aanslagen en oorlogssituaties) bekeken en/of daar onderling over gesproken. Daarbij zijn zelfs door verschillende verdachten uitlatingen zijn gedaan als ‘we moeten ze doden’ of soortgelijke opmerkingen. Echter, niet is komen vast te staan dat de verdachte daarbij aanwezig was of daaraan heeft deelgenomen. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de verdachte de in de tenlastelegging genoemde personen heeft overtuigd van het voeren van jihad, nu concrete uitlatingen of handelingen daartoe van de verdachte ontbreken. Dit geldt te meer nu [medeverdachte 1, 2 en betrokkene 1] voornoemd allen met zoveel woorden ontkennen door de verdachte te zijn geworven.

Ten aanzien van [betrokkene 2] geldt dat de verdachte met deze persoon contact via E-mail en de telefoon heeft gehad. Niet is gebleken dat [betrokkene 2] door deze contacten is overtuigd van het bestrijden van gelovigen met geweld/het voeren van jihad, nu deze contacten grotendeels gingen over praktische zaken en [betrokkene 2] zelf heeft verklaard dat deze contacten gingen over studeren in Pakistan.

– tweede gedachtestreepje (lessen):

Hoewel uit het dossier en ook ter zitting is gebleken dat door de medeverdachte [medeverdachte 4] lessen zijn gegeven, bevat het dossier onvoldoende bewijs voor de stelling van de officier van justitie dat die lessen gingen over het bestrijden van ongelovigen met geweld/het voeren van jihad. Medeverdachten en getuigen hebben immers enkel verklaard les gehad te hebben van [medeverdachte 4] in de algemene geloofsleer.

De rechtbank komt derhalve aan de vraag of de verdachte [medeverdachte 4] hierbij heeft geholpen/ondersteund, zoals door de officier van justitie is gesteld, niet toe.

Ten aanzien van feit 2:

De rechtbank heeft in het dossier noch in het verhandelde ter terechtzitting enig bewijs aangetroffen voor het plegen van het onderhavige feit door de verdachte in vereniging met medeverdachte [medeverdachte 4] of andere personen, zodat daarvan moet worden vrijgesproken.

Met betrekking tot de stelling van de raadsman dat de opruier, naast het opzet op opruiing, ook het opzet op de bestanddelen van het strafbare feit waartoe hij opruit moet hebben, overweegt de rechtbank dat zulks haar juist voorkomt. Op basis van het dossier en het verhandelde ter zitting kan niet bewezen worden dat de opzet van de verdachte bij het plaatsen van de links naar de twee aan de orde zijnde documenten, gericht is geweest op het opruien tot gewelddadig handelen tegen het openbaar gezag. Gelet hierop dient de verdachte van het ten laste gelegde, voor zover dat ziet op artikel 131 van het Wetboek van Strafrecht, te worden vrijgesproken.

De rechtbank heeft evenmin bewijs aangetroffen op grond waarvan aannemelijk is dat de in de tenlastelegging steeds onder de gedachtestreepjes 1 t/m 6 genoemde documenten en onder de gedachtestreepjes 9 t/m 11 genoemde audiobestanden door de verdachte via het internet zijn verstrekt/getoond/geplaatst en/of verspreid. Weliswaar is aannemelijk dat [medeverdachte 4] op het internet onder het pseudoniem '[naam]' de publicatie van de bundel 'Strijd tegen valsheid' (waarin de documenten 'To catch a wolf' en 'Zestien argumenten voor de jihad. En een uitnodiging tot het paradijs' zijn opgenomen) heeft aangekondigd, maar dat de verdachte deze bundel (vervolgens) heeft verspreid, blijkt niet uit het dossier. Niet is komen vast te staan dat de pseudoniemen die zijn gebruikt om links naar dat document te plaatsen, door de verdachte daartoe zijn gebruikt.

De verdachte dient in zoverre te worden vrijgesproken.

Bewezenverklaring

Wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte het onder 2 ten laste gelegde heeft begaan op die wijze dat:

zij op tijdstippen in de periode van 1 november 2005 tot en met 31 december 2005 te Vianen en/of elders in Nederland, meermalen, een geschrift waarin tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opge-

ruid, heeft verspreid ernstige reden hebbende te vermoeden, dat in voornoemde geschriften zodanig opruiing voorkomt, immers heeft zij, verdachte, via internet en/of MSN opruiende teksten verspreid [te weten]:

- ‘Vergiftiging van de Ummah’ en
- ‘De Honden Blaffen en de Karavaan Gaat Voort...’

Hetgeen meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. De verdachte moet ook daarvan worden vrijgesproken.

Bewijsmotivering

De overtuiging dat de verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan is gegrond op de inhoud van de wettige bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Het vonnis zal in die gevallen waarin de wet dit vereist worden aangevuld met een later bij dit vonnis te voegen bijlage met daarin de inhoud dan wel de opgave van de bewijsmiddelen.

Nadere bewijsoverwegingen

De rechtbank beperkt zich in het navolgende tot het internet nu MSN een dienst is die louter via het internet wordt geboden en aldus in de context van de tenlastelegging geen zelfstandige betekenis heeft.

De officier van justitie heeft de toepasbaarheid van artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht in het onderhavige geval beperkt door de wijze waarop hij de bestanddelen van het in dit artikel strafbaar gestelde in de tenlastelegging feitelijk heeft omschreven. Gelet op de tenlastelegging kan de delictvariant van ‘het om verspreid te worden in voorraad hebben’ immers niet van een feitelijke uitwerking in concrete handelingen van de verdachte worden voorzien, zodat dit gedeelte van de tenlastelegging niet verder behoeft te worden onderzocht.

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte links naar de onder de gedachtestreepjes 7 en 8 genoemde documenten ‘Vergiftiging van de Ummah’ en ‘De honden blaffen en de karavaan gaat voort...’ heeft geplaatst op het internet. Deze links zijn geplaatst op de website/MSN-groep ‘[...]’ door een persoon die gebruik heeft gemaakt van de nickname ‘[...]’. Uit technisch onderzoek is gebleken dat deze persoon een E-mailadres met dezelfde naam heeft gebruikt ([...])@hotmail.com) en dat hierbij vrijwel altijd het IP-adres is gebruikt dat is afgegeven aan de verdachte. Nu voorts [medeverdachte 4] bij de politie heeft verklaard via dit E-mailadres met de verdachte contact te hebben, terwijl de verdachte ook zelf in een verhoor als getuige in het kader van een internationaal rechtshulpverzoek op 26 juni 2006 heeft verklaard dat bedoeld E-mailadres van haar is, is vast komen te staan dat de verdachte van voornoemd E-mailadres en voornoemde nickname gebruik heeft gemaakt. Gelet hierop kunnen de links naar de twee in het geding zijnde publicaties aan haar worden toegeschreven.

Wat betreft de vraag of deze documenten opruiend van aard zijn, overweegt de rechtbank het volgende.

Het betreft hier twee vrij korte teksten van gemiddeld een halve pagina op A4-formaat.

De tekst ‘Vergiftiging van de Ummah’ betreft hoofdzakelijk een weergave van uitspraken van shahied sjeigh Abdullah Azzam met daarin de volgende voor deze strafzaak relevante passages: ‘Het zwaard is het enige middel om de obstakels uit de weg te ruimen, en de Islamitische staat op te bouwen’ en ‘Terrorisme is een verplichting in de godsdienst van Allah, en Allah zegt: ‘En brengt wat jullie kunnen aan macht, en strijdrossen om daarmee de vijanden van Allah en jullie vijanden te terroriseren’. Met name dit laatste is een – naar de rechtbank begrijpt zeer vrije – interpretatie/vertaling van een passage uit de Koran (Soera Al-Anfal, vers 60).

De tekst met de titel ‘De honden blaffen en de karavaan gaat voort’ is een uittreksel van een tekst van de hand van sjeik Aboe Mohammed Al-Maqdissee, met daarin de volgende voor deze strafzaak mogelijk relevante passage ‘Maar jullie, goede Mujahideen, het beste antwoord aan die slechte mensen is hen te negeren en om te blijven met de Jihad en verder te gaan om elke vijand van Allah te doden en te bevechten. Negeer hun standpunt, de caravan gaat door en de honden blaffen’.

De rechtbank is van oordeel dat in de hiervoor aangehaalde passages wordt opgeruid tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag, nu voldoende duidelijk is dat indien datgene waartoe wordt opgeroepen zou worden uitgevoerd, dit strafbare feiten zou opleveren. Hierbij kan gedacht worden aan de delicten genoemd in de titels I t/m IV, Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, alsmede aan het delict genoemd in artikel 180 van het Wetboek van Strafrecht. Gelet hierop dient het beroep van de raadsman op vrijheid van meningsuiting/godsdienst te worden verworpen. Deze vrijheden worden begrenst door ieders verantwoordelijkheid volgens de wet (artikel 6 Grondwet).

Thans dient de vraag te worden beantwoord of het plaatsen van een link gelijkgesteld kan worden aan het via internet verspreiden van eerdergenoemde twee teksten.

De rechtbank beantwoordt die vraag in beginsel bevestigend in het geval een directe link wordt geplaatst. Door het plaatsen van een dergelijke link kan de lezer met slechts één handeling (te weten het klikken/dubbel klikken op de link) het onderliggende document opvragen en lezen. Het onderliggende document is daarmee zodanig verbonden met de link dat door het plaatsen van de link het onderliggende document in zekere zin onderdeel is geworden van het stuk waarin de link is geplaatst. In die zin wordt naar het oordeel van de rechtbank door het plaatsen van de link ook het onderliggende document verspreid.

De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of het enkel plaatsen van een link ook moet vallen onder de strafbaarstelling van artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht. Die vraag is van belang omdat de rechtbank niet aannemelijk acht dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om het enkele plaatsen van een link in alle gevallen onder die strafbepaling te laten vallen. Gevolg daarvan zou immers onder meer zijn dat (de exploitanten van) internetzoekmachines – die links produceren naar aanleiding van ingevoerde zoektermen – ook onder deze

strafbepaling zouden komen te vallen als die links leiden naar opruiende geschriften en/of afbeeldingen. Bij bepaalde zoektermen is het immers onontkoombaar dat die links opleveren naar geschriften of afbeeldingen waarin tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opgeruid.

De vraag of met het plaatsen van een link het onderliggende document wordt verspreid in de zin van artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht dient daarom te worden beantwoord aan de hand van de relevante concrete omstandigheden van het geval.

In het geval van de verdachte zijn die relevante omstandigheden dat zij een moslima is met een meer dan gewone belangstelling voor het jihadistisch-salafistisch gedachtegoed en dat zij actief is deze geloofsovertuiging uit te dragen via het internet door daar allerlei bestanden en stukken op te plaatsen. In ruim drie maanden tijd heeft de verdachte meer dan 65 artikelen geplaatst op het internet. In de bij het requisitoir gevoegde kopie van een gedeelte van het boek 'Strijdsters van Allah' (bijlage 2), zijn bijna 2 pagina's aan de verdachte gewijd. Daarin is onder meer te lezen dat Fadoua (de islamitische naam die de verdachte – zoals zij in haar verklaringen bij de politie ook heeft erkend – gebruikt) onder de naam SoS (Supporter of Sharia) teksten verspreid en actief is op een website waarop 42 artikelen, verwijzingen naar radicale buitenlandse sites en acht filmpjes staan, alsmede dat zij ook zelf schrijft. Kortom, 'Fadoua is zich steeds actiever op internet gaan manifesteren', zo valt er te lezen.

Gelet op het voorgaande en met haar kennis van zaken aangaande de islam kan het plaatsen van de betreffende links door de verdachte, niet anders worden gezien dan als een strafbare handeling als bedoeld in artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht, te weten – kort gezegd – het verspreiden van geschriften waarvan zij ernstige reden heeft te vermoeden dat die opruiend zijn.

Gelet op het voorgaande behoeven overige door de raadsman gevoerde verweren geen bespreking meer. Dit geldt ook voor het verzoek tot aanhouding van de behandeling van de zaak om nader onderzoek te laten verrichten naar de herkomst van de genoemde documenten (deze zijn volgens de raadsman in een andere strafzaak in beslag genomen en aan personen in de omgeving van de verdachte teruggegeven), nu het enkele bezit van deze documenten niet strafbaar is gesteld.

Strafbaarheid feit

Het bewezen feit 2 levert op:

Een geschrift waarin tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opgeruid, verspreiden, terwijl hij ernstige reden heeft te vermoeden dat in het geschrift zodanige opruiing voorkomt, meermalen gepleegd.

Het feit is strafbaar.

Strafbaarheid verdachte

De verdachte is strafbaar.

Strafmotivering

De straf die aan de verdachte wordt opgelegd, is gegrond op de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het feit is begaan en de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Daarbij wordt in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het via internet verspreiden van teksten waarvan zij ernstige reden had te vermoeden dat die opruiend waren.

Bij het bepalen van de strafmaat overweegt de rechtbank enerzijds dat dit een ernstig feit is, omdat het plaatsen van dergelijke teksten anderen kan aanzetten tot het daadwerkelijk plegen van strafbare feiten of gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag. Anderzijds houdt de rechtbank rekening met het feit dat deze teksten op meerdere plaatsen op het internet te vinden zijn.

Op een dergelijk feit kan niet anders worden gereageerd dan met het opleggen van een gevangenisstraf van korte duur.

Bij het bepalen van de duur van de op te leggen straf is in het voordeel van de verdachte in aanmerking genomen dat zij blijkens het op haar naam gesteld uittreksel uit het Justitieel Documentatieregister d.d. 8 november 2006 niet eerder is veroordeeld voor soortgelijke strafbare feiten.

Gelet op de duur van de reeds ondergane voorlopige hechtenis acht de rechtbank het opleggen van een voorwaardelijke gedeelte van de aan de verdachte op te leggen gevangenisstraf niet opportuun.

Alles afwegend wordt na te noemen straf passend en geboden geacht.

In beslag genomen voorwerpen

De officier van justitie heeft gevorderd de hierna genoemde in beslag genomen goederen te onttrekken aan het verkeer.

1. 4.00 STK Compact disc - VA 326.C.1.1
2. 1.00 STK Compact disc - VA326.F.B.7
- 3 1.00 STK Boek - VA326.F.B.9
4. 1.00 STK Papier - VA326.F.G.1
5. 9.00 STK Compact disc - VA326.G.1.2
- 6 1.00 STK Compact disc - VA326.G.1.3.1
7. 1.00 STK Compact disc - VA326.G.1.4 in een cd-map
8. 8.00 STK Compact disc - VA326.G.3.2. met 5 cd-hoesjes en dvd's
9. 27.00 STK Compact disc - VA326.G.3.3 spindel met cd's en dvd's
10. 1.00 STK document - VA326.G.5.1 o.a. map met documenten van Kraamzorg
11. 4.00 STK Cassetteband - VA326.L.1.1
12. 1.00 STK Boek - VA326.F.H.1 gekopieerd Arabisch boek

Ten aanzien van de hierboven genoemde in beslag genomen goederen zal een last worden gegeven tot teruggave aan de verdachte. De rechtbank is het met de raadsman eens dat het beslag onvoldoende gespecificeerd is, in die zin dat niet duidelijk is onder welk goed op de lijst met in beslag genomen goederen de twee documenten zijn opgenomen die onder de bewezenverklaring vallen, terwijl bovendien geldt dat het enkele bezit van deze documenten niet strafbaar is.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Gelet is op de artikelen 57 en 132 van het Wetboek van Strafrecht.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de dagvaarding voor het onder feit 1 ten laste gelegde feit nietig voor zover het betreft de zinsnede ‘een of meer ander(e) onbekend gebleven perso(n)n(en)’ en het ‘derde gedachtestreepje’.
- verklaart de dagvaarding voor het onder feit 2 ten laste gelegde nietig voor zover het betreft het woord “waaronder”.
- verklaart de dagvaarding voor het overige geldig;
- verklaart de officier van justitie ontvankelijk in de vervolging;
- verklaart niet bewezen, dat de verdachte het onder 1 ten laste gelegde feit heeft begaan en spreekt de verdachte daarvan vrij;
- verklaart bewezen, dat de verdachte het onder 2 ten laste gelegde feit heeft begaan;
- verklaart niet bewezen hetgeen aan de verdachte meer of anders ten laste is gelegd dan hiervoor bewezen is verklaard en spreekt de verdachte ook daarvan vrij;
- stelt vast dat het bewezen verklaarde oplevert het hiervoor vermelde strafbare feit;
- verklaart de verdachte strafbaar;
- veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de tijd van 1 (één) maand;
- beveelt dat de tijd die door de veroordeelde voor de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in verzekering en in voorlopige hechtenis is doorgebracht, bij de uitvoering van de opgelegde gevangenisstraf in mindering wordt gebracht, voor zover deze tijd niet reeds op een andere vrijheidsstraf in mindering is gebracht;
- beslist ten aanzien van de voorwerpen, geplaatst op de lijst van inbeslaggenomen en nog niet teruggegeven voorwerpen, als volgt:
 - 1. 4.00 STK Compact disc - VA 326.C.1.1
 - 2. 1.00 STK Compact disc - VA326.F.B.7
 - 3. 1.00 STK Boek - VA326.F.B.9
 - 4. 1.00 STK Papier - VA326.F.G.1

5. 9.00 STK Compact disc - VA326.G.1.2
6. 1.00 STK Compact disc - VA326.G.1.3.1
7. 1.00 STK Compact disc - VA326.G.1.4 in een cd-map
8. 8.00 STK Compact disc - VA326.G.3.2. met 5 cd-hoesjes en dvd's
9. 27.00 STK Compact disc - VA326.G.3.3 spindel met cd's en dvd's
10. 1.00 STK document - VA326.G.5.1 o.a. map met documenten van Kraamzorg
11. 4.00 STK Cassetteband - VA326.L.1.1
12. 1.00 STK Boek - VA326.F.H.1 gekopieerd Arabisch boek

Dit vonnis is gewezen door:
mr. Van der Kolk, voorzitter,
en mrs. Van den Hurk en Geurts-De Veld, rechters,
in tegenwoordigheid van Koolmees, griffier,
en uitgesproken op de openbare terechtzitting van deze rechtbank op 30 oktober 2007.

Voorzieningenrechter Amsterdam 1 november 2007

Martijn

LJN-nummer BB6926

**website pedofielenvereniging, aansprakelijkheid forumbeheerder,
preventieve toetsing, auteursrecht, portretrecht, persoonlijke
levenssfeer, bijzonder karakter**

Gedaagde, vereniging Martijn, heeft als oogmerk het verspreiden van bepaalde ideeën over en acceptatie van pedofilie. Op het forum van de website van Martijn zijn door een bezoeker foto's geplaatst van kinderen van de koninklijke familie. Na sommatie door de RVD zijn deze foto's door gedaagde verwijderd. Er is sprake van inbreuk op auteursrecht (al is niet gedaagde daarvoor aansprakelijk maar degene die de foto's geplaatst heeft), persoonlijke levenssfeer en portretrecht. Gelet op het bijzondere karakter van de website moet gedaagde bedacht zijn op, en beducht zijn voor misbruik en ook door haar ongewenst gebruik van haar website. Om die reden mag van gedaagde – anders dan wellicht van eigenaren of beheerders van websites die door hun aard niet op dergelijk misbruik en onbedoeld gebruik bedacht behoeven te zijn – worden verlangd dat zij bij het beheren van die website en van dat forum zodanige voorzieningen treft dat niet dankzij door haar geopende publicatiemogelijkheden personen, die de grenzen aan hun vrijheid van meningsuiting niet kennen, van die website gebruik kunnen maken om publicaties die inbreuken op de rechten van anderen opleveren te verspreiden. Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij

enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd. Het voor de toekomst gevraagde verbod van openbaarmaking van foto's van kinderen van eisers wordt toegewezen.

VONNIS in kort geding van 1 november 2007

in de zaak van

1. ZIJNE KONINKLIJKE HOOGHEID WILLEM-ALEXANDER, Prins van Oranje, Prins der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, Jonkheer Van Amsberg,
2. HARE KONINKLIJKE HOOGHEID MÁXIMA, Prinses der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, mevrouw Van Amsberg,
eiser sub 1 tevens pro se en eisers sub 1 en 2 in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun minderjarige dochter
HARE KONINKLIJKE HOOGHEID CATHARINA-AMALIA BEATRIX CARMEN VICTORIA, Prinses der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau,
wonende te Wassenaar,
3. ZIJNE HOOGHEID MAURITS WILLEM PIETER HENDRIK, Prins van Oranje-Nassau, Van Vollenhoven,
4. HARE HOOGHEID MARILÈNE, Prinses van Oranje-Nassau, Van Vollenhoven,
eiser sub 3 tevens pro se en eisers sub 3 en 4 in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van hun minderjarige kinderen
ANASTASIA MARGRIET JOSEPHINE VAN LIPPE-BIESTERFELD VAN VOLLENHOVEN en LUCAS MAURITS PIET HENRI VAN LIPPE-BIESTERFELD VAN VOLLENHOVEN,
wonende te Amsterdam,

eisers bij gelijklopende dagvaarding van 26 oktober 2007,
procureur mr. P.N. van Regteren Altena,
advocaat mr. H.J.M. Boukema te Den Haag,

tegen

de vereniging
VERENIGING MARTIJN,
gevestigd te Hoogeveen, kantoorhoudende te Amsterdam,
gedaagde,
vertegenwoordigd door haar voorzitter [X].

1. De procedure

Ter terechtzitting van 29 oktober 2007 hebben eisers gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagde heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Na afloop van de terechtzitting heeft de voorzieningenrechter de machtiging van de kantonrechter ontvangen van eisers sub 3 en 4 op grond waarvan zij mogen optreden ten behoeve van hun minderjarige kinderen.

2. De feiten

Gedaagde is een vereniging die het oogmerk heeft het verspreiden van bepaalde ideeën over en acceptatie van pedofilie. Gedaagde is rechthebbende op de website www.martijn.org. Onderdeel van de voor iedereen toegankelijke website is een zogenaamd forum, waarop ongeveer 250 'members' toegang hebben om berichten te plaatsen.

Op 25 oktober 2007 is op de website van gedaagde door een 'forummember' met de accountnaam DNH, de foto van de oudste dochter van eisers sub 1 en 2 geplaatst, voorzien van – onder meer – het volgende commentaar:

“Ons koningshuis heeft weer een hele nieuwe generatie prinsjes en prinsesjes voortgebracht, en gelukkig maar!”

Eiser sub 1 is de maker van de onder 2.2. genoemde foto. De foto is afkomstig van de website van het Koninklijk Huis. De Rijksvoorlichtingsdienst (RVD) heeft op die website bepaalde voorwaarden gesteld voor het (mogen) gebruiken van de foto's.

Op 25 oktober 2007 om 19.39 uur heeft de plaatsvervangend directeur van de RVD een bericht op de voice-mail van gedaagde achtergelaten, inhoudende een sommatie tot verwijdering van de foto van de website vóór de volgende ochtend. Bij brief van 26 oktober 2007 heeft mr. Boukema aan gedaagde geschreven:

“(…) signaleer ik dat u een foto met teksten op een onder uw verantwoordelijkheid vallende website heeft gepubliceerd van HKH Amalia, (...). Na sommatie door de Rijksvoorlichtingsdienst tot verwijdering blijkt een andere foto van de Prinses te zijn geplaatst op een besloten deel van uw website. M.m. geldt hetzelfde voor ZKH Prins Maurits en zijn kinderen Anna en Lucas alsmede, op het besloten deel, voor de Prins en zijn zoon Lucas. (...) Ik verzoek – en sommeer voor zo veel nodig – mij heden vóór 15.00 uur bijgevoegde verklaring deugdelijk ondertekend aan mij te retourneren. (...)”

Gedaagde heeft bij brief van 26 oktober 2007 aan mr. Boukema onder meer bericht:

“(…) Het forum heeft een besloten gedeelte, maar dat is enkel toegankelijk voor 5 personen, en daarop heeft ná uw sommatie geen enkele foto gestaan van bovengenoemde personen. Er is derhalve geen sprake van inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van minderjarige kinderen, noch op inbreuk van hun portretrecht.”

3. Het geschil

Eisers vorderen – samengevat – bij vonnis, voorzoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gedaagde te verbieden iedere openbaarmaking van foto's van de minderjarige kinderen van eisers op enige website of in enig ander medium, vallend onder verantwoordelijkheid van gedaagde, op straffe van een dwangsom van € 50.000,- per dag of per overtreding, met een maximum van € 10.000.000,-, met veroordeling van gedaagde in de kosten van de procedure.

Eisers stellen daartoe, samengevat, dat gedaagde de rechthebbende is op de website en de laatste zeggenschap en de verantwoordelijkheid heeft over wat er op de website verschijnt en wordt verwijderd. Eisers zijn ontsteld dat foto's van hun kinderen op een website van een vereniging van pedofielen worden afgebeeld en zij wensen hun kinderen verre te houden van (de vereniging van) pedofielen. Na sommatie om de foto van de oudste dochter van eisers sub 1 en 2 van het forum te verwijderen, heeft gedaagde op een besloten deel van de website andere foto's van haar en van de kinderen van eisers sub 3 en 4 geplaatst. Dat de foto's van de kinderen onder bepaalde voorwaarden van de website van de RVD kunnen worden gedownload, heeft uitsluitend auteursrechtelijke betekenis, en staat aan het recht tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer of het portretrecht van de kinderen niet in de weg. De openbaarmaking van de portretten van de kinderen is een inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer. De publicatie van de foto's levert geen bijdrage aan een publiek debat over zaken van algemeen belang, terwijl de foto's ook geen relatie hebben met het publieke functioneren van de kinderen of van eisers. Er is dan ook geen juridisch toereikende rechtvaardiging om toch te mogen publiceren.

Er is ook sprake van openbaarmaking in de zin van artikel 12 van de Auteurswet, indien de foto's slechts te zien zijn op een besloten deel van de website en de mogelijkheid bestaat om de foto's door te sturen of te downloaden. De bezoekers van het besloten gedeelte zijn niet te beschouwen als de 'restgroep', een aan een familie- of vriendenkring gelijk te stellen kring, zoals vermeld in artikel 12 lid 4 van de Auteurswet. Ook verspreiding van de foto's onder een kleine groep mensen levert een inbreuk op op het recht van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de kinderen. Eisers willen een einde maken aan die inbreuk en willen de zekerheid dat de portretten van hun kinderen niet wederom op deze website openbaar worden gemaakt. Zonder de gevraagde voorziening is er, mede in verband met de eerdere reactie van gedaagde op de sommatie van eisers, geen zekerheid dat de inbreuken in de toekomst achterwege zullen blijven. Met de gevraagde voorziening wordt gedaagde niet in haar uitingsvrijheid beperkt. Gedaagde moet geen foto's van kleine kinderen op haar website plaatsen zonder

voorafgaande toestemming van de ouders of wettelijk vertegenwoordigers. Eisers vorderen vergoeding van de volledige proceskosten ingevolge artikel 1019h Rv van € 4.500,-, omdat het hier een schending van het portretrecht betreft. Gedaagde voert verweer. Op dit verweer wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Gedaagde bestrijdt niet dat de foto van de oudste dochter van eisers sub 1 en 2 enige tijd op de forumpagina van haar website openbaar is gemaakt. Gedaagde heeft ter zitting wel bestreden dat na verwijdering van die foto van het openbare deel van haar website op een niet openbaar deel andere foto's van kinderen van eisers openbaar zijn gemaakt. Ook bestrijdt zij dat haar website een openbaar en een besloten deel kent. Ter zitting heeft gedaagde hiertoe verklaard dat haar website geen besloten deel kent, doch slechts een prullenbak waar vijf personen toegang toe hebben en dat alleen de foto van de oudste dochter van eisers sub 1 en 2 in die prullenbak terecht is gekomen na verwijdering van de website. Gedaagde heeft echter een e-mail bericht overgelegd van haar voorzitter aan de raadsman van eisers, waarin de voorzitter verklaart: "het forum heeft een besloten gedeelte, maar dat is enkel toegankelijk voor 5 personen én daarop heeft ná uw sommatie geen enkele foto bestaan van bovengenoemde personen."

Ter zitting heeft gedaagde tegenstrijdige uitspraken gedaan over het bestaan van een besloten deel op haar website. Ter ondersteuning van hun stellingen dat naast publicatie van een foto van de oudste dochter van eisers sub 1 en 2 op het openbare deel van de website ook een andere foto van die dochter en foto's van kinderen van eisers sub 3 en 4 op (een besloten deel van) die website in de openbaarheid zijn gebracht, hebben eisers prints overgelegd van de website van stopchildabuse, waarop melding van die publicaties wordt gemaakt.

Voorshands is daarmee – de tegenstrijdigheid in de verklaringen van gedaagde in aanmerking nemend – voldoende aannemelijk dat op de website van gedaagde de in dit geding besproken foto's van kinderen van eisers in de openbaarheid zijn gebracht. Indien en voor zover zou blijken dat een deel van die foto's slechts toegankelijk is voor een beperkt aantal personen doet dit niet af aan die openbaarheid, reeds omdat niet is gesteld of gebleken dat die personen niet in staat zijn, nadat zij toegang tot die foto's hebben gekregen, die foto's verder te verspreiden. Bovendien is niet aangegeven hoe die groep is samengesteld, tot stand is gekomen en in samenstelling wordt beperkt.

Inbreuk op het auteursrecht

Vaststaat dat eiser sub 1 auteursrechthebbende is op de foto van zijn oudste dochter die enige tijd op het voor eenieder toegankelijke deel van de website van gedaagde openbaar is gemaakt, zonder diens toestemming. Gedaagde erkent dat het gebruik van deze foto onrechtmatig is. Gedaagde voert echter als verweer aan dat niet zijzelf, maar een zekere [naam forummember], forummember van de website van gedaagde, de foto heeft geplaatst op het forum, dat zij hiervan geen

weet had en dat zij dit ook niet goedkeurt, zodat zij zelf niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Dit verweer slaagt. Gedaagde heeft aannemelijk gemaakt dat genoemde [naam forummember] de foto en de bijbehorende tekst heeft geplaatst en zij heeft voldoende gegevens van [naam forummember] bekend gemaakt om diens identiteit te kunnen achterhalen. De plaatsing van een auteursrechtelijk beschermd portret van de dochter van eiser sub 1 op het forum door die [naam forummember], brengt mee dat eisers in de eerste plaats die [naam forummember] zouden moeten aanspreken op schending van het auteursrecht op die foto. Gedaagde biedt met haar forum weliswaar een podium voor members, ook voor het plaatsen van foto's, maar zij heeft zelf de portretten niet geplaatst en in zijn algemeenheid kan niet worden gezegd dat het aanstonds voor gedaagde kenbaar is, dan wel moet zijn, dat met die plaatsing het auteursrecht van een derde wordt geschonden. Het gaat te ver om van een eigenaar of beheerder van een website, dus ook van gedaagde, te verlangen dat zij op voorhand de op het forum te plaatsen stukken, of dit nu teksten zijn, foto's of andere werken, op schending van auteursrechten van derden onderzoekt. Dat geldt ook voor de hier besproken foto, die zich niet onderscheidt van andere foto's die met toestemming van de auteursrechthebbende, althans zonder diens bezwaar, gepubliceerd plegen te worden. Wel is de eigenaar of beheerder van een website gehouden op eerste aanmaning, zodra hem door mededeling van de auteursrechthebbende bekend wordt dat op zijn website een publicatie in strijd met een auteursrecht plaatsvindt, die publicatie op zijn website te beëindigen. Aan die verplichting heeft gedaagde, naar zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt, voldaan. Van het schenden van het auteursrecht door gedaagde door openbaarmaking van de bewuste foto op het forum van de website is daarom geen sprake.

Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en portretrecht

Ten aanzien van de gestelde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de kinderen van eisers geldt het volgende. In zijn algemeenheid kan worden vastgesteld dat velen in onze samenleving pedofilie als seksuele gerichtheid afkeuren, openlijke uitingen daarvan ongewenst achten, en blootstelling van kinderen aan pedofiele gedragingen verwerpen. Dit neemt niet weg dat artikel 10 EVRM en artikel 7 Grondwet het publieke debat daarover beschermen, welke bescherming ook gedaagde toekomt. Tot die vrijheid van meningsuiting behoort niet alleen het uiten van de eigen mening, maar ook de vrijheid, binnen de beperkingen van de wet, de meningen van anderen te verspreiden.

Zo goed als aan gedaagde die vorenbedoelde vrijheid van meningsuiting toekomt, hoeft anderzijds niemand te dulden dat in dat publieke debat de persoonlijke levenssfeer van hem of zijn kinderen wordt geschonden doordat hij, zonder dat hij zelf of het algemeen belang daar aanleiding toe geeft, betrokken wordt bij het debat over pedofilie. Reeds door het enkele tonen van een foto op een website als die van gedaagde, juist ook op een forumgedeelte daarvan, wordt het kind wiens foto op deze manier wordt verspreid, onder diegenen die dergelijke pagina's (ple-

gen te) bezoeken in verband gebracht met pedofiele wensen en gedragingen. Dit is een ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van dat kind en van zijn ouders en in strijd met het portretrecht van dat kind.

Gedaagde dient zich er bewust van te zijn dat haar website zich niet alleen richt op het publiek dat het algemene debat over wenselijkheid of onwenselijkheid van pedofilie voert, maar ook personen zal aantrekken die gericht zijn op het uiten van hun pedofiele gevoelens en daarbij en daartoe van die website gebruik maken. Gedaagde dient zich ook ervan bewust te zijn dat op haar website gepubliceerde berichten en foto's eenvoudig zijn te vermenigvuldigen en, buiten haar macht, verder kunnen worden verspreid door bezoekers met, mogelijk ook door gedaagde, niet gewenste bedoelingen.

Dit betekent dat op grond van het bijzondere karakter van de website van gedaagde zij bedacht moet zijn op, en beducht moet zijn voor misbruik en ook door haar ongewenst gebruik van haar website.

Om die reden mag van gedaagde – anders dan wellicht van eigenaren of beheerders van websites die door hun aard niet op dergelijk misbruik en onbedoeld gebruik bedacht behoeven te zijn – worden verlangd dat zij bij het beheren van die website en van dat forum zodanige voorzieningen treft dat niet dankzij door haar geopende publicatiemogelijkheden personen, die de grenzen aan hun vrijheid van meningsuiting niet kennen, van die website gebruik kunnen maken om publicaties die inbreuken op de rechten van anderen opleveren te verspreiden.

Het beroep van gedaagde op het bepaalde in artikel 6:196c BW gaat niet op. Zij is geen internet dienstverlener die uitsluitend (technische) toegang verschaft tot een communicatienetwerk of behulpzaam is bij het tijdelijk, tussentijds geautomatiseerd opslaan van gegevens van een ander. Zij selecteert immers de personen die zij tot haar forum actief toegang verleent en plaatst dat forum in de context van haar eigen doelstellingen.

Gedaagde bestrijdt niet dat de publicatie van de foto's in strijd is met het portretrecht van de kinderen en inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van die kinderen en hun ouders. Zij meent echter dat van haar, als kleine organisatie, niet kan worden verlangd dat zij 24 uur per dag haar forumpagina bewaakt, teneinde publicaties als de onderhavige op ieder moment van de dag te onderscheppen.

Dit standpunt kan niet worden gevolgd. Het organisatorische onvermogen van gedaagde rechtvaardigt geen inbreuk op de rechten van anderen. Naar gedaagde heeft gesteld controleert zij min of meer regelmatig de berichten op het forum op rechtmatigheid. Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd.

Nu vaststaat dat gedaagde niet heeft verhinderd dat de gewraakte publicatie op haar website heeft kunnen plaatsvinden en zij zich op het standpunt stelt dat van haar niet kan worden verlangd maatregelen te treffen waardoor die publicaties op voorhand onmogelijk worden gemaakt is het voor de toekomst gevorderde verbod toewijsbaar. Dit verbod is voorzien in de wet en in een democratische samenle-

ving noodzakelijk om de rechten van anderen dan gedaagde te beschermen. Aangezien gedaagde geen maatregelen als hiervoor bedoeld heeft getroffen om misbruik of oneigenlijk gebruik van haar website te voorkomen is het spoedeisend belang gegeven. De aan de veroordeling te verbinden dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

Gedaagde zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Eisers hebben ter terechtzitting verzocht om vergoeding van de volledige proceskosten ingevolge artikel 1019h Rv. Nu in de dagvaarding enkel de gebruikelijke veroordeling in de proceskosten wordt gevorderd en gedaagde zich op de eerst aan het slot van het pleidooi van eisers geuite vordering niet heeft kunnen voorbereiden en daartegen dus geen gemotiveerd verweer heeft kunnen voeren, wordt vergoeding van de volledige proceskosten afgewezen. De proceskosten van eisers zullen derhalve op de gebruikelijke wijze als volgt worden begroot:

– dagvaarding	€ 168,62
– vast recht	€ 251,-
– salaris procureur	€ 816,-
Totaal	€ 1.235,62

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

verbiedt gedaagde na betekening van dit vonnis iedere openbaarmaking van foto's van de minderjarige kinderen van eisers op enige website of in enig ander medium vallend onder de verantwoordelijkheid van gedaagde, zonder toestemming van de eisers,

bepaalt dat gedaagde voor ieder keer of iedere dag of gedeelte daarvan – zulks ter keuze van eisers – dat zij na betekening van dit vonnis in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan eisers een dwangsom verbeurt van € 5.000,-, tot een maximum van € 500.000,-,

veroordeelt gedaagde in de proceskosten, aan de zijde van eisers tot op heden begroot op € 1.235,62, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A.J. Peeters, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Veraart, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 november 2007.

Rechtbank Amsterdam 21 november 2007
Ingebrekestelling via email
LJN-nummer BC0337

Ingebrekestelling via email, art. 6:82 BW

Serviceovereenkomst m.b.t. kopieerapparaat. Een email met als inhoud: "(...) Ik begrijp niet waarom er geen reactie kan komen op een eenvoudige vraag: wat te doen met de printer gegeven het contract en de wensen en behoeften van Gsus? Ik tel daarbij de onnoemelijke problemen welke wij in het verleden hadden met de canon printer (...) Wij stellen ons heden op het standpunt dat u ernstig in gebreke blijft bij het nakomen van uw verplichtingen (...) Dat de printer inmiddels naar behoren functioneert, doet hier niet aan af. Het moge duidelijk zijn dat ons vertrouwen in zowel de printer als het bedrijf Canon op een dusdanig dieptepunt is beland dat wij, bij gebrek aan medewerking van uw zijde, tot het volgende hebben besloten:

- 1. Alle betalingen worden per direct stopgezet;*
- 2. Het contract zoals met u overeengekomen wordt per 31 maart ontbonden zonder dat daaruit verplichtingen, inclusief betalingsverplichtingen, voortvloeien;*
- 3. De printer kunt u per direct afhalen en naar eigen goeddunken hergebruiken.*

Indien wij wederom niet van u mogen vernemen vóór 27 maart '06 zullen wij u de strekking van deze email schriftelijk bevestigen en is daarmee deze zaak afgedaan. (...)” voldoet aan de vereisten voor ingebrekestelling als vermeld in artikel 6:82 BW.

VONNIS van 21 november 2007

in de zaak van

de naamloze vennootschap
CANON NEDERLAND N.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
procureur mr. J. Veltheer,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
G-SUS WHOLESALE AND DESIGN B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
procureur mr. S.J. Beedie.

Partijen zullen hierna Canon en G-Sus genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 4 juli 2007,
- het proces-verbaal van comparitie van 10 oktober 2007 met de daarin genoemde processtukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Partijen hebben op of omstreeks 16 juni 2004 met elkaar een huur- c.q. serviceovereenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten met betrekking tot een kopieerapparaat (hierna ook: de printer). Hierin staat, voor zover van belang, vermeld:

“(…)

De huur incl. service(...)overeenkomst wordt in eerste instantie aangegaan voor een periode van 60+3 maanden, ingaande op de leveringsdatum (...), en zal behoudens opzegging steeds worden verlengd met een periode van 12 maanden tot maximaal een totale periode van 63 maanden. Het totale maandbedrag (...) voor huur incl. service (...) is € 526,42 excl. BTW (...).”

2.2. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van Canon (hierna: de algemene voorwaarden) van toepassing.

2.3. In paragraaf 19 van de algemene voorwaarden staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“(…)

19.1 Indien de Klant niet behoorlijk of tijdig voldoet aan enige verplichting die voor hem uit een Overeenkomst voortvloeit, is de Klant zonder ingebrekestelling in verzuim (...)

19.4 Ingeval zich een gebeurtenis voordoet als bedoeld in (i) 19.1 (...) zijn respectievelijk (i) alle vorderingen van Canon op de Klant uit hoofde van de betreffende Overeenkomst (...) onmiddellijk en in het geheel opeisbaar, hetgeen onder meer inhoudt dat ook alle toekomstige Vergoedingen uit hoofde van het nog resterende gedeelte van de Overeenkomst verschuldigd zijn, en is Canon gerechtigd de betreffende Producten terug te nemen. (...)”

2.4. In paragraaf 13.3 van de algemene voorwaarden staat vermeld:

“13.3 Indien de Klant jegens Canon in verzuim is, is hij verplicht Canon zowel de buitengerechtelijke als de gerechtelijke kosten volledig te vergoeden. De door de Klant te vergoeden buitengerechtelijke kosten bedragen tenminste 15% van het onbetaald gebleven bedrag, met een minimum van euro 250,- te vermeerderen met de daarover verschuldigde BTW.”

2.5. In het computersysteem van Canon zijn vijf klachten van G-sus terzake van storingen van het kopieerapparaat geregistreerd, te weten op 30 november 2005, 8 december 2005, 26 januari 2006, 8 februari 2006 en 9 februari 2006.

2.6. Bij e-mail van 12 december 2005 heeft G-sus, voor zover van belang, het volgende aan Canon meegedeeld:

“(…) De afgelopen periode hebben we behoorlijk veel problemen met de Canon gehad als onder andere:

- Algemene storing, na diverse keren uit- en weer inschakelen bleek dit probleem te zijn opgelost;
- Defecte handmatige papier invoer, is na tussenkomst van technicus opgelost;
- Algemene storing, is na tussenkomst van technicus opgelost;
- Vastlopers bij gebruik van toegestaan papier, dit blijft voorkomen (…)

2.7. Bij e-mail van 8 februari 2006 heeft G-sus, voor zover van belang, het volgende aan Canon meegedeeld:

“(…) Er zijn continue problemen met de Canon, denk hierbij aan vastlopers maar ook storingen waarbij het apparaat vervolgens aangeeft: “ERROR E020/0400, SCHAKEL APP. UIT EN WEER IN” Concreet genomen is het app. NIET werkbaar. Per 5 print-outs hebben we minimaal te maken met een vastloper. Verleden week is er (weer eens) een monteur langsgeweest maar ook dit helpt niet! (…)

2.8. Bij e-mail van 21 maart 2006 heeft G-sus, voor zover van belang, het volgende aan Canon meegedeeld:

“(…) Ik begrijp niet waarom er geen reactie kan komen op een eenvoudige vraag: wat te doen met de printer gegeven het contract en de wensen en behoeften van Gsus? Ik tel daarbij de onnoemelijke problemen welke wij in het verleden hadden met de canon printer (…). Wij stellen ons heden op het standpunt dat u ernstig in gebreke blijft bij het nakomen van uw verplichtingen (…). Dat de printer inmiddels naar behoren functioneert, doet hier niet aan af. Het moge duidelijk zijn dat ons vertrouwen in zowel de printer als het bedrijf Canon op een dusdanig dieptepunt is beland dat wij, bij gebrek aan medewerking van uw zijde, tot het volgende hebben besloten:

1. Alle betalingen worden per direct stopgezet;
 2. Het contract zoals met u overeengekomen wordt per 31 maart ontbonden zonder dat daaruit verplichtingen, inclusief betalingsverplichtingen, voortvloeien;
 3. De printer kunt u per direct afhalen en naar eigen goeddunken hergebruiken.
- Indien wij wederom niet van u mogen vernemen vóór 27 maart '06 zullen wij u de strekking van deze email schriftelijk bevestigen en is daarmee deze zaak afgedaan. (...)”

2.9. Bij brief van 15 augustus 2006 heeft Canon aan G-sus voorgesteld – samen-gevat – om de overeenkomst te beëindigen per 15 september 2006 tegen betaling door G-sus aan Canon van een bedrag van € 17.500,-, bestaande uit (afgerond) € 13.490,47 als afkoopsom en € 4.059,55, zijnde het totaalbedrag van drie onbetaalde facturen.

2.10. Op 20 september 2006 heeft Canon het kopieerapparaat bij G-sus opgehaald.

2.11. Op 18 november 2006 heeft G-sus aan Canon een bedrag van € 12.058,97 betaald. Overigens heeft G-sus geen betalingen aan Canon verricht.

3. Het geschil

in conventie

3.1. Canon vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, G-sus te veroordelen tot betaling van € 8.155,53, vermeerderd met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente, daarover vanaf 1 maart 2007 tot de dag der voldoening, met veroordeling van G-sus in de kosten van het geding.

3.2. De vordering in conventie is als volgt opgebouwd:

hoofdsom (afgerond bestaande uit:

– € 4.059,55 onbetaalde facturen	
– € 13.490,47 afkoopsom)	€ 17.500,-
rente t/m 28.02.07	€ 1.131,56
buitengerechtelijke incassokosten	€ 1.582,94 +
totaal	€ 20.214,50
reeds ontvangen	€ 12.058,97 -
totaal	€ 8.155,53

3.3. G-sus voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.4. G-sus vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

- I. voor recht te verklaren dat de overeenkomst per 31 maart 2006 is ontbonden, met veroordeling van Canon tot betaling aan G-sus van de reeds betaalde huurtermijnen ad € 11.054,82, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente, te rekenen vanaf 31 maart 2006, althans voor recht te verklaren dat de overeenkomst per 16 juni 2006 is opgezegd
- II. voor recht te verklaren dat G-sus een bedrag van € 12.058,97 onverschuldigd heeft betaald aan Canon, en Canon te veroordelen tot betaling van het bedrag van € 12.058,97, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente, te rekenen vanaf 18 november 2006,
- III. Canon in de proceskosten te veroordelen.

3.5. Canon voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie en in reconventie

4.1. Gezien de verwevenheid van de stellingen van partijen in conventie en in reconventie, zal de rechtbank deze hierna, voor zover mogelijk, gezamenlijk behandelen.

4.2. de in reconventie gevorderde verklaring voor recht dat de overeenkomst per 31 maart 2006 is ontbonden

G-sus voert als grondslag voor deze vordering aan dat Canon toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst aangezien het kopieerapparaat continu (technische) gebreken vertoonde waardoor G-sus nauwelijks gebruik hiervan heeft kunnen maken. Canon betwist de vordering. De rechtbank overweegt terzake als volgt.

4.3. Met betrekking tot de periode vanaf 16 juni 2004, zijnde de aanvangsdatum van de overeenkomst, tot 30 november 2005, zijnde de datum van de eerste in het computersysteem van Canon geregistreerde klacht van G-sus, is de rechtbank van oordeel dat G-sus haar voornoemde stelling onvoldoende heeft onderbouwd zodat de stelling in zoverre faalt.

G-sus heeft weliswaar een verklaring van haar ex-medewerker A van 27 september 2007 overgelegd waarin wordt opgemerkt dat er van meet af aan problemen waren met het kopieerapparaat en dat deze in ernst en frequentie opliepen, maar met Canon is de rechtbank van oordeel dat deze verklaring onvoldoende specifiek is om hieruit te kunnen afleiden dat er reeds van meet af aan zodanige problemen met het kopieerapparaat waren dat sprake was van de door G-sus gestelde tekortkoming. Ook overigens heeft G-sus naar het oordeel van de rechtbank tegenover

de betwisting daarvan door Canon haar stelling onvoldoende onderbouwd, met name niet wat betreft de aard, omvang, data en frequentie van de gestelde gebreken in deze periode.

G-sus stelt voorts dat zij ook reeds in deze periode schriftelijk en telefonisch heeft geklaagd bij Canon en – ter comparitie – dat soms gebeld werd voor een monteur die vervolgens niet kwam. Canon betwist deze stelling en heeft hiertoe ter comparitie aangevoerd dat de eerste in haar computersysteem geregistreerde klacht van G-sus dateert van 30 november 2005. Bovendien heeft Canon ter comparitie de overige door Canon erkende – nadien – geregistreerde klachten met specifieke data gepreciseerd als vermeld onder 2.5. In het licht van deze betwisting heeft G-sus naar het oordeel van de rechtbank haar stelling voor wat betreft deze periode onvoldoende op concrete feiten en omstandigheden gegrond. Daarbij neemt de rechtbank in overweging dat de eerste door G-sus overgelegde e-mail met betrekking tot een aan Canon gerichte klacht over het kopieerapparaat dateert van 12 december 2005.

4.4. Hetzelfde oordeel treft de door G-sus gestelde tekortkoming met betrekking tot de periode vanaf 10 februari 2006 tot en met 31 maart 2006. Noch uit de overgelegde stukken noch uit hetgeen overigens is aangevoerd door partijen blijkt dat er na 9 februari 2006 nog klachten over het kopieerapparaat zijn geuit door G-sus bij Canon.

4.5. Met betrekking tot de tussenliggende periode vanaf 30 november 2005 tot en met 9 februari 2006 overweegt de rechtbank als volgt.

Tussen partijen staat als onweersproken vast dat in deze periode G-sus vijf keer bij Canon heeft geklaagd met betrekking tot storingen van het kopieerapparaat en dat deze storingen (hierna: de storingen) van dermate ernstige aard waren dat er een monteur van Canon moest worden ingeschakeld teneinde het kopieerapparaat weer werkbaar te maken. Canon heeft ter comparitie onweersproken aangevoerd dat vier van de vijf storingen betrekking hadden op zogenaamde paper-jams, dat wil zeggen het vastlopen van papier in het kopieerapparaat.

G-sus heeft ter comparitie onweersproken gesteld dat deze paper-jams een frequentie hadden van één op de vijf à zes prints.

4.6. G-sus stelt dat de storingen zijn veroorzaakt door (technische) gebreken van het kopieerapparaat en dus neerkomen op een tekortkoming van Canon. Canon heeft deze stelling – eerst per comparitie – betwist door aan te voeren dat paper-jams allerlei oorzaken kunnen hebben, bijvoorbeeld het gebruik van te dik papier, zodat niet gezegd is dat dit aan het kopieerapparaat ligt. G-sus heeft op haar beurt ter comparitie weersproken dat de storingen zijn veroorzaakt doordat G-sus verkeerd papier in het kopieerapparaat stopte en daartoe aangevoerd – onderbouwd met een door Canon in het geding gebrachte factuur ten bedrage van afgerond € 400,- – dat Canon aan haar papier leverde. Canon heeft dit niet betwist maar wel aangevoerd dat Canon geen briefpapier levert. Hierop heeft G-sus betoogd dat in het geval al sprake was van ongeschikt papier de monteur van Canon G-sus daarop had moeten wijzen, hetgeen niet is gebeurd. Canon heeft deze stelling

onweersproken gelaten en haar verweer ook niet nader gespecificeerd. Aldus heeft Canon naar het oordeel van de rechtbank haar verweer dat de paper-jams te wijten waren aan het gebruik van verkeerd papier dan wel een andere oorzaak tegenover de betwisting daarvan door G-sus onvoldoende gestaafd. Dit had echter wel op de weg van Canon gelegen in het licht van hetgeen G-sus heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling en temeer nu Canon haar verweer eerst ter comparitie heeft gevoerd. Dit maakt dat de rechtbank van oordeel is dat Canon de stelling van G-sus onvoldoende heeft betwist, zodat deze stelling slaagt. Daarmee is komen vast te staan dat de storingen zijn veroorzaakt door (technische) gebreken van het kopieerapparaat.

4.7. De rechtbank komt daarmee toe aan het – betwiste – verweer van Canon ter comparitie dat geen sprake is van een disproportionele situatie in het licht van de overeenkomst en derhalve niet van een tekortkoming door Canon. Dit verweer faalt. Vaststaat dat de overeenkomst een duurovereenkomst betreft, te weten een huurovereenkomst met daaronder begrepen een service door Canon in geval van storingen van het kopieerapparaat. Aan Canon moet worden toegegeven dat, zoals ook door G-sus ter comparitie is erkend, gezien deze aard van de overeenkomst niet kan worden gezegd dat iedere storing van het kopieerapparaat een tekortkoming oplevert. De rechtbank is niettemin met G-sus van oordeel dat G-sus op grond van de overeenkomst redelijkerwijs van Canon mocht verwachten dat Canon haar een in beginsel goed werkend kopieerapparaat zou leveren. Gelet op de onder 4.5. weergegeven ernst en frequentie van de storingen in relatief zeer korte tijd, is de rechtbank – in tegenstelling tot Canon – van oordeel dat hier wel sprake is van een buitenproportionele situatie, waarvan niet gezegd kan worden dat de overeenkomst hierin beoogde te voorzien. Dat, zoals is aangevoerd door Canon, slechts sprake is van vijf klachten die pas na veertien maanden zijn geuit laat dit oordeel onverlet.

4.8. Uit het hiervoor overwogene volgt dat Canon in de periode vanaf 30 november 2005 tot en met 9 februari 2006 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst (hierna: de tekortkoming).

4.9. Het verweer van Canon dat G-sus niet bevoegd was tot ontbinding omdat er ten tijde van de ontbinding geen sprake meer was van de tekortkoming vindt geen steun in het recht en wordt daarom gepasseerd.

4.10. De rechtbank komt dan toe aan het verweer van Canon – dat wordt aangevoerd op dezelfde gronden als hierboven besproken – dat de tekortkoming van een dermate geringe betekenis is dat de ontbinding niet gerechtvaardigd is. De rechtbank neemt bij de beoordeling daarvan tot uitgangspunt dat iedere tekortkoming in de nakoming in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid geeft de overeenkomst te ontbinden. Bij de beantwoording van de vraag of de tekortkoming gezien de geringe betekenis ervan de ontbinding niet rechtvaardigt dient de rechtbank rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.

Zoals hiervoor is overwogen is – louter – komen vast te staan dat Canon jegens G-sus in de nakoming van de overeenkomst is tekortgeschoten gedurende de periode vanaf 30 november 2005 tot en met 9 februari 2006. In het licht van de gehele contractsduur vanaf 16 juni 2004 gerekend tot en met 31 maart 2006 is derhalve naar het oordeel van de rechtbank sprake van een relatief korte duur van de tekortkoming. Nu in die zin sprake is van een geringe betekenis van de tekortkoming is de rechtbank met Canon van oordeel dat een algehele ontbinding van de overeenkomst niet gerechtvaardigd is.

Gelet op het eveneens hiervoor overwogene, in het bijzonder terzake van de ernst en frequentie van de tekortkoming, oordeelt de rechtbank echter dat de tekortkoming wel van dien aard is dat zij een ontbinding van het gedeelte van de overeenkomst dat betrekking heeft op de contractperiode vanaf 30 november 2005 tot en met 9 februari 2006 alsmede voor wat betreft de resterende contractperiode vanaf 31 maart 2006 rechtvaardigt.

4.11. Het verweer van Canon dat Canon niet in gebreke is gesteld en geen gelegenheid heeft gehad de tekortkomingen binnen een redelijke termijn te herstellen faalt. De rechtbank is met G-sus van oordeel dat het onder 2.8. vermelde e-mailbericht van 21 maart 2006 voldoet aan de vereisten voor ingebrekestelling als vermeld in artikel 6:82 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

4.12. Uit het vorenstaande volgt dat de in reconventie gevorderde verklaring voor recht dat de overeenkomst per 31 maart 2006 is ontbonden zal worden toegewezen. Dit betekent dat niet wordt toegekomen aan beoordeling van de in reconventie subsidiair gevorderde verklaring voor recht dat de overeenkomst is opgezegd per 16 juni 2006.

4.13. de in reconventie gevorderde terugbetaling door Canon van de reeds betaalde huurtermijnen ad € 11.054,82, vermeerderd met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente

De rechtbank begrijpt deze vordering aldus dat G-sus zich beroept op een uit de ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenis van Canon jegens haar. Gelet op het vooroverwogene onder 4.3. en 4.4. is deze vordering voor wat betreft de betaalde termijnen over de daarin genoemde perioden niet toewijsbaar. Met betrekking tot de periode vanaf 11 november 2005 tot en met 9 februari 2006 overweegt de rechtbank dat het kopieerapparaat ook in deze periode ondanks de tekortkoming wel is gebruikt door G-sus, zodat niet gezegd kan worden dat G-sus over deze periode geen huur verschuldigd is. Hieruit volgt dat het beroep op een ongedaanmakingsverbintenis ook ten aanzien van de betaalde termijnen over deze periode niet toewijsbaar is.

4.14. de in reconventie gevorderde verklaring voor recht dat G-sus aan Canon een bedrag van € 12.058,97 onverschuldigd heeft betaald en de in reconventie gevorderde terugbetaling door Canon aan G-sus van dit bedrag, vermeerderd met de wettelijke handelsrente

De rechtbank overweegt met betrekking tot deze vorderingen als volgt. Vaststaat dat G-sus, nadat zij zelf de overeenkomst per 31 maart 2006 had ontbonden, op eigen initiatief en ongeclausuleerd dit bedrag uit coulance aan Canon heeft betaald in de hoop dat daarmee het dispuut tussen partijen beëindigd zou zijn. In deze gegeven situatie heeft G-sus naar het oordeel van de rechtbank tegenover de betwisting daarvan door Canon onvoldoende aangevoerd om haar beroep op onverschuldigde betaling te staven. Deze vorderingen zullen derhalve worden afgewezen.

4.15. de vordering in conventie

Canon heeft aan de vordering in conventie ten grondslag gelegd dat G-sus per 31 maart 2006 in verzuim is geraakt. Nu uit het vooroverwogene volgt dat G-sus de overeenkomst per 31 maart 2006 rechtsgeldig heeft ontbonden, volgt daaruit dat G-sus niet in verzuim is geraakt per die datum. Daarmee ontvalt de grondslag onder de vordering in conventie, zodat deze zal worden afgewezen. De rechtbank licht dit oordeel toe per onderdeel van de vordering.

4.16. De door Canon in conventie gevorderde hoofdsom van € 17.500,- bestaat allereerst uit onbetaalde facturen ad totaal € 4.059,55. Daarvan is ter comparitie tussen partijen komen vast te staan dat deze facturen betrekking hebben op de periode na maart 2006, zodat uit het onder 4.15 overwogene volgt dat G-sus dit bedrag niet verschuldigd is aan Canon. Het resterende bedrag van de hoofdsom betreft een – door Canon gematigde – afkoopsom waarvoor op grond van artikel 19.4 van de algemene voorwaarden verzuim van de schuldenaar vereist is. Aan dit vereiste is niet voldaan zodat G-sus niet gehouden is tot betaling van die afkoopsom aan Canon. Ook de in conventie gevorderde rente over de hoofdsom is dus niet toewijsbaar.

4.17. Hetzelfde oordeel treft de in conventie gevorderde buitengerechtelijke incassokosten op grond van paragraaf 13.3 van de algemene voorwaarden. Ook hiervoor geldt immers dat aan de daarin gestelde voorwaarde van verzuim niet is voldaan.

4.18. Nu de algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst en Canon aangaande haar subsidiaire grondslag voor de vorderingen in conventie veronderstelt dat deze juist niet van toepassing zijn, komt de rechtbank aan beoordeling daarvan niet toe.

4.19. de proceskosten in conventie

Canon wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in conventie veroordeeld. De kosten aan de zijde van G-sus worden begroot op € 1.068,-, te weten:

– vast recht	€ 300,-
– salaris procureur	€ 768,- (2 punten x tarief € 384,00)
Totaal	€ 1.068,-

4.20. de proceskosten in reconventie

Nu in reconventie beide partijen op enig punt in het ongelijk gesteld zijn, zal de rechtbank de proceskosten in reconventie compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5. De beslissing

in conventie

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Canon in de proceskosten, aan de zijde van G-sus tot op heden begroot op € 1.068,-;

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

5.4. verklaart voor recht dat de overeenkomst is ontbonden per 31 maart 2006;

5.5. compenseert de kosten van dit geding tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.J. van Eekeren en in het openbaar uitgesproken op 21 november 2007.

Hof Amsterdam 13 december 2007

Jaap.nl hoger beroep

LJN-nummer BC0125

Collectieve actie, art. 3:305a BW

Plazacasa exploiteert website Jaap.nl waarop zij inbreuk zou maken op auteursrechten van makelaars in onroerend goed. In kort geding is vordering tot verbod toegewezen. In dit hoger beroep maakt Plazacasa aannekelijk dat één derde van alle makelaars in onroerend goed, geen enkele bezwaar hebben tegen publicatie van hun beschrijvingen en foto's van te koop aangeboden onroerende zaken op Jaap.nl. Onder deze omstandigheden kan niet worden volgehouden dat Baas in Eigen Huis, die zegt 'in de bres te springen' voor de auteursrechten van alle makelaars, dus zonder onderscheid naar voor- en tegenstanders van de handelwijze van Plaza-

casa, opkomt voor gelijksoortige belangen in de zin van artikel 3:305a BW. Dat betekent dat Baas in Eigen Huis niet in haar vordering kan worden ontvangen. Lid 5 van art. 3:305a BW biedt onvoldoende soulaas voor de hier aan de orde zijnde tegenstrijdige belangen.

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PLAZACASA B.V.,
gevestigd te Limmen,
APPELLANTE in het principaal hoger beroep,
GEÏNTEERDE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. R.D. Chavannes,

tegen

de stichting STICHTING BAAS IN EIGEN HUIS, gevestigd te Amsterdam,
GEÏNTEERDE in het principaal hoger beroep,
APPELLANTE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. P.L. Reeskamp.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Plazacasa en Baas in Eigen Huis genoemd.
Bij dagvaarding van 3 september 2007 is Plazacasa in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Alkmaar in het kort geding tussen partijen (Baas in Eigen Huis als eiseres en Plazacasa als gedaagde) onder zaak- en rolnummer 96206/KG ZA 07-203 heeft gewezen en dat is uitgesproken op 7 augustus 2007. Het appelexploot bevat de grieven.

Plazacasa heeft overeenkomstig de dagvaarding zeven grieven met subgrievens voorgesteld en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering van Baas in Eigen Huis zal afwijzen subsidiair geclausuleerd en beperkt zal toewijzen als aangegeven in de appeldagvaarding, met veroordeling van Baas in Eigen Huis in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft Baas in Eigen Huis geantwoord, de grieven bestreden en harerzijds – in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep – eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft zij één grief voorgesteld, haar eis vermeerderd en bescheiden in het geding gebracht. Voorts heeft zij geconcludeerd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen dan wel gedeeltelijk zal vernietigen overeenkomstig de grief in het incidenteel hoger beroep alsmede dat het hof de vordering waarmee zij haar eis heeft vermeerderd zal toewijzen, een en ander met veroordeling van Plazacasa in de kosten van het geding gevallen op het hoger beroep.

Vervolgens heeft Plazacasa in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep geantwoord, bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van eis en geconcludeerd, dat het hof de grief in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en – subsidiair – de vordering waarmee de eis is vermeerderd zal afwijzen althans zal toewijzen onder in de memorie opgesomde voorwaarden.

Ter terechtzitting van 14 november 2007 heeft het hof geoordeeld dat Plazacasa niet door de vermeerdering van eis in haar procesbelang is geschaad en dat deze vermeerdering ook overigens niet in strijd is met een goede procesorde en het bezwaar tegen de vermeerdering daarom verworpen. Partijen hebben de zaak op deze zitting voorts doen bepleiten, Plazacasa door haar procureur en Baas in Eigen Huis door haar procureur en mr. M.J. Odink, advocaat te Amsterdam, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. Partijen hebben bij die gelegenheid nog bescheiden – Plazacasa bij akte – in het geding gebracht. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof naar de appeldagvaarding.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daarentoe bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1 Baas in Eigen Huis heeft gevorderd Plazacasa te verbieden om – op straffe van verbeurte van een dwangsom – inbreuk te maken op de auteursrechten van één of meer makelaars in onroerend goed en Plazacasa in het bijzonder te verbieden om – zonder door de desbetreffende makelaar uitdrukkelijk verleende toestemming – ten behoeve van de door haar geëxploiteerde website Jaap.nl ‘object-data’ (door de betrokken makelaars ten behoeve van hun huizenaanbod gemaakte foto’s en beschrijvingen) te verveelvoudigen en/of openbaar te maken, tenzij per object niet meer dan één verkleinde foto en een beknopte beschrijving van maximaal 155 karakters wordt weergegeven, een en ander met nevenvorderingen.

4.2 De voorzieningenrechter heeft de vordering toegewezen. Tegen deze beslissing en de gronden waarop zij berust komen de grieven in het principaal hoger beroep op.

4.3 In grief 1 betoogt Plazacasa dat de voorzieningenrechter Baas in Eigen Huis in haar vordering niet ontvankelijk had moeten verklaren, omdat Baas in Eigen Huis een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW beoogt, terwijl niet aan de vereisten van die bepaling is voldaan.

4.4 Baas in Eigen Huis stelt zich blijkens artikel 3 van haar statuten (productie 2 in eerste aanleg van Plazacasa) ten doel ‘het zonder winstoogmerk behartigen van de materiële en immateriële belangen van makelaars terzake van de uitoefening en handhaving van hun intellectuele eigendomsrechten.’ Baas in Eigen Huis heeft aangevoerd (onder meer in de memorie van antwoord/grieven onder 2.6 ev) dat zij opkomt voor de gelijksoortige belangen van makelaars in onroerend goed en dat zij die belangen ingevolge haar statuten behartigt. De belangen waar het hier om gaat zijn de gestelde auteursrechten van de makelaars op voormelde object-data. Volgens Baas in Eigen Huis zijn de rechten van de makelaars op deze object-data identiek, zijn de inbreuken van Plazacasa door overname op haar website Jaap.nl eveneens identiek en zijn de handhavingsbelangen van de makelaars parallel. ‘Het is’ – aldus Baas in Eigen Huis in haar memorie onder 2.8 – ‘in beginsel voor iedere makelaar van belang dat een derde éérs toestemming vraagt alvorens auteursrechtelijk beschermd materiaal te kopiëren en te exploiteren.’

4.5 Ter terechtzitting in hoger beroep hebben partijen verklaard dat ongeveer 2/3 van alle makelaars in onroerend goed lid zijn van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (de NVM). Plazacasa heeft bij die gelegenheid voorts verklaard dat ongeveer 5% van de makelaars die lid zijn van de NVM en 90% van de makelaars die geen lid zijn, in totaal derhalve één derde van alle makelaars in onroerend goed, geen enkele bezwaar hebben tegen publicatie van hun beschrijvingen en foto’s van te koop aangeboden onroerende zaken op Jaap.nl en dat zij op dit punt ‘vóór vrijheid’ zijn. Baas in Eigen Huis heeft meegedeeld dat ‘dit wel kan kloppen’, althans deze stelling niet (voldoende gemotiveerd) betwist. Het hof acht daarom voldoende aannemelijk dat juist is de stelling van Plazacasa dat de hier bedoelde makelaars met het oog op een zo grote mogelijke verspreiding van hun aanbod juist voorstander van publicatie op Jaap.nl zijn of – zoals Plazacasa het onder meer in de appeldagvaarding onder 42 formuleert – haar ‘steunen’. Onder deze omstandigheden kan niet worden volgehouden dat Baas in Eigen Huis, die zegt ‘in de bres te springen’ voor de auteursrechten van alle makelaars, dus zonder onderscheid naar voor- en tegenstanders van de handelwijze van Plazacasa, opkomt voor gelijksoortige belangen in de zin van artikel 3:305a BW. Dat betekent dat Baas in Eigen Huis niet in haar vordering kan worden ontvangen. Grief 1 in het principaal hoger beroep slaagt derhalve.

4.6 In dit verband merkt het hof nog het volgende op. Anders dan Baas in Eigen Huis meent, geeft het vijfde lid van artikel 3:305a BW geen, althans onvoldoende soulaas voor de hier aan de orde zijnde tegenstrijdige belangen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat in dit geding, zoals volgt uit het hiervoor onder 4.5 overwogene, tegenover elkaar staan enerzijds Baas in Eigen Huis die zegt ‘in de bres te springen’ voor alle makelaars in onroerend goed en in ieder geval voor twee derde van de makelaars, namelijk zij die tegen openbaarmaking op Jaap.nl zijn, en anderzijds Plazacasa die stelt ‘gesteund’ te worden door één derde van de makelaars, te weten die vóór openbaarmaking op deze website zijn. Het verbod verhindert mede door de gevorderde en opgelegde dwangsom feite-

lijk de publicatie van objectdata van zowel de tegenstanders als de voorstanders van openbaarmaking op Jaap.nl. Weliswaar kunnen de voorstanders afzonderlijk toestemming geven, maar omgekeerd had Baas in Eigen Huis zich bij het opkomen voor de belangen van makelaars ook kunnen beperken tot de belangen van die makelaars die bezwaar hebben tegen de openbaarmaking op Jaap.nl, hetzij door met naam en toenaam op te geven voor wie zij 'in de bres springt' hetzij door het gevorderde verbod te beperken tot de objectdata van die makelaars die hun desbetreffende bezwaar aan Plazacasa hebben bekend gemaakt.

Niet valt in te zien – althans niet in het kader van dit kort geding – waarom de last van het verzamelen van de gegevens wie vóór- respectievelijk tegenstander is en het risico van non respons hier op Plazacasa (en op de voorstanders) en niet op de agerende stichting zou moeten rusten. De omstandigheid dat het hier om rechtsinbreuken gaat (hetgeen overigens door Plazacasa wordt bestreden) is daarvoor niet voldoende, in ieder geval niet hier waar het aantal voorstanders aanmerkelijk is en diegenen die zich op handhaving van hun auteursrechten beroepen niet – zoals Baas in Eigen Huis meent – uit de aard van de zaak prioriteit genieten boven diegenen die de voorkeur aan vrije verdere verspreiding van de objectdata geven.

4.7 Desgevraagd heeft Baas in Eigen Huis ter terechtzitting in hoger beroep de belangen van de makelaars nog gepreciseerd als het belang om vrijelijk 'nee' of 'ja' te kunnen zeggen tegen het overnemen van de objectdata. Ook indien het belang aldus wordt geformuleerd – in welk geval mogelijk wel van soortgelijke belangen zou kunnen worden gesproken –, kan dat niet leiden tot toewijzing van de vordering. De vordering neemt immers de 'nee'-zeggers tot uitgangspunt en daarmee worden de belangen van een aanmerkelijk deel van de betrokkenen – zoals is gebleken – juist niet gediend.

5. Slotsom

Grief 1 in het principaal hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep moet worden vernietigd en Baas in Eigen Huis moet alsnog niet ontvankelijk worden verklaard in haar vordering. De verdere grieven in het principaal hoger beroep behoeven geen behandeling.

Het hof komt aan beoordeling van – onder meer – de gegrondheid van het onder 4.1 in het vonnis waarvan beroep overwogene niet toe. Baas in Eigen Huis heeft beoordeling daarvan als voorwaarde gesteld voor het incidenteel hoger beroep. Dit betekent dat de voorwaarde niet in vervulling is gegaan en het incidenteel hoger beroep derhalve ook niet aan de orde komt.

Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Baas in Eigen Huis verwezen in de kosten in beide instanties. Plazacasa vordert – voor het geval het hof artikel 1019h Rv hier van toepassing acht – de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. Zij heeft daartoe een specificatie van uren overgelegd en haar honorarium en verschotten genoemd. Daarbij heeft zij echter niet inzichtelijk gemaakt hoe zij van de – kennelijk door onderscheiden personen bestede – uren tot het vermelde honorarium is gekomen. Nu ook niet aanstonds duidelijk is op grond waarvan de gevorderde

kosten redelijk en evenredig zijn als bedoeld in artikel 1019h Rv, acht het hof niet meer toewijsbaar dan het gewone liquidatietarief en zal het hof de kosten dienovereenkomstig toeschatten.

Ook de kosten van de geraadpleegde hoogleraar zal het hof niet toewijzen, nu niet valt in te zien op grond waarvan Plazacasa, die – naar het hof begrijpt – een specialist op het betrokken terrein als advocaat in de arm heeft genomen deze kosten heeft moeten maken.

6. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht;
verklaart Baas in Eigen Huis niet ontvankelijk in haar vordering;
verwijst Baas in Eigen Huis in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van Plazacasa in eerste aanleg begroot op € 1.067,- en in hoger beroep tot op heden begroot op € 3.052,45;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, N. van Lingen en E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 13 december 2007.

Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008
WMS / Weborama
LJN-nummer BC3829

Databankenrecht

Gaat om Webstat database van WMS, met gegevens over sites die Webstat teller gebruiken, zoals bezoekersaantallen. Als er al sprake zou zijn van een databank in de zin van art. 1 Dbw, dan maakt Weborama geen inbreuk op het databankenrecht van WMS: geen sprake van opvragen of hergebruiken van gehele databank en ook geen in kwantitatief of kwalitatief substantieel deel.

VONNIS in verzet van 9 januari 2008

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
WEB MEASUREMENT SERVICES B.V.,

gevestigd te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
AD PEPPER MEDIA BENELUX B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
3. de naamloze vennootschap
AD PEPPER MEDIA INTERNATIONAL N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseressen,
gedaagden in het verzet,
procureur mr. V.A. Zwaan,

tegen

de vennootschap naar buitenlands recht
WEBORAMA S.A.,
gevestigd te Parijs, Frankrijk,
gedaagde,
eiseres in het verzet,
procureur mr. F.B. Falkena.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk WMS c.s. en afzonderlijk WMS, Ad Pepper B.V. en Ad Pepper N.V. worden genoemd. Gedaagde zal Weborama worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verstekvonnis van 22 november 2006, met de daarin vermelde stukken;
- de verzetdagvaarding van 30 januari 2007;
- de akte houdende overlegging producties zijdens Weborama;
- het ambtshalve gewezen tussenvonnis van 14 maart 2007, waarbij een comparitie van partijen is gelast die op 8 juni 2007 heeft plaatsgevonden en het daarvan opgemaakte proces-verbaal, met de daarin vermelde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. WMS en Weborama houden zich bezig met internetmarketing. Beide ondernemingen exploiteren een softwareapplicatie die metingen en treffers op internetpagina's genereert en registreert.

2.2. Ad Pepper B.V. is een internet reclamebureau dat bemiddelt tussen adverteerders en websites, en is enig aandeelhouder van WMS. In juni 2005 hebben WMS c.s. de softwareapplicatie Nedstat Basic en alle exploitatierechten daarvan

voor € 3 miljoen van Nedstat B.V. (hierna: Nedstat) gekocht. De naam van het programma is na de overname gewijzigd in Webstat4U, thans Motigo Webstats genoemd (hierna: Webstats). Nedstat verricht het onderhoud en het beheer van Webstats. Webstats is voor bezitters van een website kosteloos te downloaden. Met Webstats kunnen bedrijven het bezoek en gebruik van hun website registreren. Gegevens over de deelnemende websites, zoals het adres van hun website, de zogenaamde URL, en bezoekersaantallen worden opgeslagen op de server van WMS c.s. Via Webstats zijn statistieken van de eigen website en de websites van andere gebruikers kosteloos te raadplegen. Met een zoekmachine kan de database van Webstats worden doorzocht.

2.3. Weborama heeft in 1998 een 'website-teller' ontwikkeld. Deze wordt kosteloos aangeboden indien de gebruiker in ruil daarvoor instemt met de plaatsing van een aantal advertenties op zijn website. Weborama richt zich voornamelijk op Frankrijk.

2.4. Partijen hebben in 2005 onderhandeld over overname van Weborama door Ad Pepper Media France SARL. Dit heeft geresulteerd in een share purchase agreement die op 6 juni 2005 is getekend. De closing-date is uiteindelijk verlengd tot 31 oktober 2005. Omdat één van de aandeelhouders van Weborama medio oktober 2005 gebruik heeft gemaakt van zijn recht om alle aandelen in Weborama te kopen, hetgeen bij vonnis van 31 oktober 2005 door de Franse rechter is geïnterpreteerd, zijn de onderhandelingen afgebroken.

2.5. Op of omstreeks 15 oktober 2005 heeft Weborama via een geautomatiseerde browser gegevens van de database van WMS c.s. verzameld.

2.6. Bij brief van 16 februari 2006 heeft de raadsman van WMS c.s. Weborama gesommeerd haar handelswijze te staken en gestaakt te houden en de onthoudingsverklaring, waarin de betaling van een voorschot op de schadevergoeding van € 20.000,- alsmede een boetebeding zijn opgenomen, te ondertekenen, hetgeen Weborama heeft nagelaten.

2.7. Op 23 februari 2006 heeft A, applicatiebeheerder bij Nedstat, bij notaris B logfiles van Webstats van 15 oktober 2005 gedeponneerd alsmede onder ede een verklaring afgelegd die, voor zover van belang, luidt:

“[...]

4. Op 19 oktober 2005 constateerde ik een ongebruikelijke activiteit op de servers. Na onderzoek bleek dat een computerprogramma op ongeoorloofde wijze gebruik maakte van de website. Het ging om het programma cURL [...]. [...]

6. In dit geval blijkt dat het programma cURL contact heeft gemaakt met onze server vanaf een computer van Weborama. [...] Uit de openbare database van Ripe [...] blijkt dat dit IP-adres van Weborama is.

[...]"

2.8. De gebruikersvoorwaarden van WMS c.s. luiden, voor zover van belang:

"[...]

7. Intellectual Property.

1. All intellectual property rights regarding the content on the website www.webstats4u.com ("Website"), including but not limited to, the text, pictures, designs, graphics, photos and other (stationary and/or moving) visual material, sound material, formats, software, data compilations, databases and other material, as well as the intellectual property rights regarding the Products and Services, shall be and shall remain the sole property of WMS.

2. You may not use the Website, the Products and Services or any content thereof, in any other way than for their respective purposes. You may not make (the content of) the Website, Product or Service available in any way to third parties and you may not multiply the (content of) the Website, Products or Services. This, inter alia, means you may not extract and/or reuse substantial parts of the content of the database(s) on the Website and/or repeatedly and systematically extract and reuse non-substantial parts of the content of the database(s) on the Website as meant in the Dutch Databases Act, without written approval of WMS. In particular, you may not utilise any data mining, robots, or similar data gathering and extraction tools to extract (whether once or many times) for re-utilisation of any substantial or non-substantial parts of this Website as mentioned above.

3. Notwithstanding the infringement of intellectual property rights, the acts described in this article 7 are also considered an infringement on the property of WMS' computer systems.

[...]

9. Limitations.

The Products and Services may only be used for the intended purpose for which such Products and Services are being made available.

[...]

(w) You may not collect, process or store the (personal) data of third parties that have been disclosed on the Website, including but not limited to e-mail addresses of users of the Products and Services. This means it is, inter alia, prohibited to:

- a. initiate any form of (unsolicited) commercial communication via e-mail, fax, SMS, MMS, regular mail or otherwise with users of the Services and Products, that is directly or indirectly promoting goods, services or the image of an enterprise, organisation or person;
- b. initiate any other form of unsolicited communication;
- c. process e-mail addresses of users of the Products and Services, for instance by using search engines or spiders, of users of the Products and Services for any purpose whatsoever."

3. Het geschil

3.1. Bij oorspronkelijke dagvaarding hebben WMS c.s., gevorderd bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. te verklaren voor recht dat Weborama, alsmede iedere op enigerlei wijze aan haar gelieerde onderneming of personen,
 - i. inbreuk pleegt op het databankenrecht van WMS c.s. onder meer door het opvragen, toegankelijk maken of hergebruiken van informatie uit de database van WMS c.s. en het omzeilen van technische beschermings-maatregelen;
 - ii. wanprestatie pleegt door te handelen in strijd met de gebruikers-voorwaarden van de website van WMS c.s.;
 - iii. onrechtmatig handelt door het ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van klanten van WMS c.s., waaronder verstaan doch niet beperkt tot, het aanbieden van haar dienstverlening aan deze klanten;
 - iv. onrechtmatig handelt jegens WMS c.s., meer in het bijzonder door te profiteren van de inspanningen van WMS c.s. en het zich verschaffen van een oneerlijke onrechtmatige voorsprong dan wel het plegen van computervredebreuk als bepaald in artikel 138a Wetboek van Strafrecht (hierna: WvS);
- II. Weborama, alsmede iedere op enigerlei wijze aan haar gelieerde onderneming of personen, te gebieden om, met onmiddellijke ingang, te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden,
 - i. iedere inbreuk op het databankenrecht van WMS c.s., meer in het bijzonder door het opvragen, toegankelijk maken of hergebruiken van informatie uit de database van WMS c.s.;
 - ii. iedere inbreuk op exclusieve gebruikersrechten van WMS c.s., meer in het bijzonder het zonder toestemming gebruik maken van de computersystemen van WMS c.s.;
 - iii. het ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van klanten van WMS c.s., waaronder verstaan, doch niet beperkt tot, het aanbieden van haar dienstverlening aan deze klanten;
 - iv. ieder overig onrechtmatig handelen jegens WMS c.s., meer in het bijzonder door te profiteren van de inspanningen van WMS c.s. en het zich verschaffen van een oneerlijke onrechtmatige voorsprong dan wel het plegen van computervredebreuk als bepaald in artikel 138a WvSr;
- III. Weborama, alsmede iedere op enigerlei wijze aan haar gelieerde onderneming of personen, te gebieden om binnen twee dagen na de betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan de raadsman van WMS c.s. opgave te doen van:
 - i. de totale omvang van de gegevens, waaronder begrepen maar niet beperkt tot URL's, die uit de databank van WMS c.s. zijn opgevraagd;
 - ii. de totale omvang van de gegevens, waaronder begrepen maar niet beperkt tot de URL's, die zijn hergebruikt;
 - iii. de namen en alle andere beschikbare gegevens van alle klanten van

WMS c.s. die door Weborama zijn benaderd op basis van de gegevens uit de databank van WMS c.s.;

iv. de namen en alle beschikbare gegevens van alle klanten van WMS c.s. die een order hebben geplaatst bij Weborama ten gevolge van het hergebruik van de gegevens uit de databank van WMS c.s.;

v. de totale omzet die Weborama heeft gegenereerd aan de hand van de exploitatie van de gegevens uit de databank van WMS c.s.;

- IV. Weborama, alsmede iedere op enigerlei wijze aan haar gelieerde onderneming of personen, te gebieden de gegevens die onrechtmatig uit de databank van WMS c.s. zijn opgevraagd te vernietigen onder het toezicht van een deurwaarder waarbij de deurwaarder een rapport op zal stellen van de vernietiging van de gegevens en dit rapport toezenden aan de raadsman van WMS c.s., althans Weborama te gebieden wettig en overtuigend aan te tonen dat zij de desbetreffende gegevens reeds heeft verwijderd en vernietigd;
- V. Weborama te veroordelen om aan WMS c.s. ten titel van schadevergoeding vanwege het onrechtmatig handelen te voldoen een bedrag zoals nader op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18 augustus 2006 tot aan die der algehele voldoening, althans een bedrag dat in goede justitie kan worden vastgesteld;
- VI. Weborama te veroordelen om binnen veertien dagen na de betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan WMS c.s. te betalen een bedrag van € 4.410,- als de door WMS c.s. gemaakte buitengerechtelijke incassokosten, dan wel een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag;
- VII. te bevelen dat Weborama, alsmede iedere op enigerlei wijze aan haar gelieerde onderneming of personen, na betekening van het ten deze te wijzen vonnis bij overtreding van één of meer van de onder I tot en met IV omschreven ge- en verboden een dwangsom verbeurt van € 10.000,- voor elke dag waarop, of, naar keuze van WMS c.s. iedere keer dat zij deze ge- en verboden, of een gedeelte daarvan, overtreedt, niet juist, onvolledig of te laat nakomt;
- VIII. Weborama te veroordelen tot betaling van de volledige proceskosten van deze procedure, bestaande uit procureurssalarissen, salarissen voor advocaten, griffierechten en salarissen voor gerechtsdeurwaarders, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag.

3.2. WMS c.s. gronden hun vordering op inbreuk op databankenrechten, inbreuk op eigendomsrechten, wanprestatie, oneerlijke concurrentie en onrechtmatig handelen.

3.3. Bij verstekvonnis van 22 november 2006 zijn de vorderingen van WMS c.s. toegewezen, waarbij de buitengerechtelijke incassokosten zijn gematigd tot een bedrag van € 904,- en de proceskosten zijn begroot op een bedrag van € 771,32.

3.4. Weborama vordert van de tegen haar uitgesproken veroordeling te worden ontheven, voor zover nodig met vernietiging van het vonnis, alsmede WMS c.s.

in hun vorderingen niet ontvankelijk te verklaren c.q. deze af te wijzen, met veroordeling van WMS c.s. in de kosten van zowel de verzetprocedure als de verstekprocedure, bestaande uit de volledige feitelijk door Weborama gemaakte proceskosten, of een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die Weborama heeft gemaakt.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Ten aanzien van het databankenrecht

4.1. WMS c.s. stellen dat Webstats aan te merken is als een databank in de zin van artikel 1 van de Databankenwet (hierna: Dbw). Nu de klantgegevens van WMS c.s. systematisch in een database zijn geordend en via Webstats en met een zoekmachine te raadplegen zijn, is er sprake van een verzameling van werken, gegevens en/of andere zelfstandige elementen die systematisch en methodisch geordend en met elektronische middelen of anderszins toegankelijk is. De verkrijging, controle en de presentatie van de inhoud van de databank van WMS c.s. getuigen in kwalitatief en kwantitatief opzicht van een substantiële investering, aldus WMS c.s. Weborama heeft op grond van artikel 2 Dbw inbreuk gemaakt op het databankrecht van WMS c.s., omdat zij zonder toestemming in kwalitatief en/of kwantitatief opzicht een substantieel deel van de inhoud van de databank van WMS c.s. (tenminste 27.800 logfiles van de 1 miljoen websites die WMS c.s. beheren) heeft opgevraagd of hergebruikt. Ook heeft Weborama, in strijd met de normale exploitatie van de databank en WMS c.s. ongerechtvaardigd schade toebrengend, herhaald en systematisch niet-substantiële delen van de databank van WMS c.s. opgevraagd en hergebruikt. Weborama heeft met het computerprogramma cURL de door WMS c.s. geïmplementeerde technische beschermingsmaatregel als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub e Dbw, het zogenaamde robot.txt bestand, omzeild en daarmee zonder toestemming van WMS c.s. gegevens uit hun database opgevraagd en voor eigen commerciële doeleinden kunnen hergebruiken.

4.2. Weborama voert aan dat Webstats niet voldoet aan de eisen die artikel 1 Dbw aan een databank stelt, omdat het niet gaat om zelfstandige elementen, er onvoldoende systematische en methodische ordening is en de gegevens niet afzonderlijk toegankelijk zijn. Daarbij komt, zo voert Weborama aan, dat slechts de fabrikant van een databank waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering bescherming geniet van artikel 7 van de Databankenrichtlijn (hierna: DbRI) en artikel 1 sub a Dbw. Van een substantiële investering is in geval van Webstats geen sprake. Mocht de rechtbank van oordeel zijn dat er wel sprake is van een databank, dan heeft Weborama geen inbreuk gepleegd op het databan-

kenrecht van WMS c.s. Weborama heeft, zowel in kwalitatief als in kwantitatief opzicht, geen substantieel deel van de van de inhoud van de databank geraadpleegd. Slechts het opvragen van substantiële informatie waarin een databank-rechtelijke relevante, kwalitatief substantiële investering heeft plaatsgevonden levert inbreuk in de zin van artikel 2 lid 1 sub a Dbw op. De geraadpleegde URL's verwijzen slechts naar externe informatie (webpagina's van derden). Gezien het gebrek aan afzonderlijke toegankelijkheid, de gebrekkige doorzoekbaarheid en ordening en het gebrek aan controle is geen sprake van een substantiële investering in de verkrijging, controle of presentatie van de inhoud van de databank en de daaruit opgevraagde gegevens. Voorts vormen noch de overgelegde 110 URL's, noch de beweerde 27.800 URL's, in kwantitatief opzicht een substantieel deel van de op Webstats aanwezige gegevensverzameling. Ook van herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank in de zin van artikel 2 lid 1 sub b Dbw is geen sprake. Weborama heeft slechts één keer (omstreeks 15 oktober 2005) met behulp van een uitgekilde web browser, cURL, die automatisch grote hoeveelheden informatie kan raadplegen en/of downloaden en door bekende it-bedrijven in hun software wordt gebruikt, opdracht gegeven om URL's van Webstats op te vragen om het klantverlies bij een eventuele overname te kunnen inschatten. Weborama heeft openlijk en transparant de informatie geraadpleegd van een voor internetgebruikers kosteloos en zonder beperking publiek toegankelijke website. Van 'hacken' is dan ook geen sprake, aldus Weborama. Voorts heeft Weborama niet onrechtmatig gehandeld door de technische beschermingsmaatregelen als bedoeld in artikel 5a lid 1 Dbw te omzeilen, omdat daarvoor doeltreffende technische voorzieningen vereist zijn. De beschermingsmaatregel van WMS c.s., robot.txt, is volgens Weborama slechts een simpel en vrijblijvend protocol en niet doeltreffend gebleken. De door Weborama gebruikte software is niet bewust geprogrammeerd om beveiligingsmaatregelen te negeren. Weborama voert verder aan dat de URL's geen klantgegevens zijn, omdat zij geen gegevens bevatten omtrent de naam van de klant, aanspreekpartner of contactpersoon, adres- en telefoonnummers, gegevens omtrent de duur van de klantrelatie, financiële gegevens omtrent de klant en statistische informatie omtrent website-bezoek. Het zijn slechts digitale doorverwijzingen naar webpagina's van derden. Alle geraadpleegde gegevens zijn op het eerste verzoek van WMS c.s. vernietigd.

4.3. De rechtbank is van oordeel dat als al sprake zou zijn van een databank in de zin van artikel 1 Dbw, Weborama geen inbreuk heeft gemaakt op het databankenrecht van WMS c.s. Artikel 2 lid 1 Dbw bepaalt dat de producent van een databank het uitsluitende recht heeft om toestemming te verlenen voor het opvragen of hergebruiken van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van een databank (sub a) of het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of in kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, voor zover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank (sub b).

Volgens WMS c.s. heeft Weborama 27.800 logfiles geëxtraheerd, waarvan zij 110 files hebben overgelegd, zodat van opvragen of hergebruiken van de gehele databank van WMS c.s. geen sprake is. Volgens de memorie van toelichting is van het opvragen of hergebruiken van een substantieel gedeelte van de inhoud van een databank sprake wanneer een zodanig gedeelte van de databank wordt overgenomen dat de opvrager of hergebruiker daardoor substantieel profiteert van de commerciële waarde van de databank, dan wel substantiële schade toebrengt aan de databankproducent. Gesteld noch gebleken is dat Weborama met het opvragen van de gegevens geprofiteerd heeft van, dan wel substantiële schade toegebracht heeft aan WMS c.s. Gezien het geringe aantal files (27.800, althans 110 van 1 miljoen) dat Weborama heeft opgevraagd, derhalve nog geen 3%, heeft zij in kwantitief opzicht geen substantieel deel van de op Webstats aanwezige gegevensverzameling geraadpleegd. Van een substantieel deel in kwalitatief opzicht is naar het oordeel van de rechtbank ook geen sprake, nu slechts URLs zijn opgevraagd. Ook van herhaald en systematisch opvragen van niet-substantiële delen van Webstats is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake geweest. De verklaring van A dat hij op 19 oktober 2005 een ongebruikelijke activiteit op de server van WMS c.s. constateerde, is niet met nadere stukken onderbouwd. Bel heeft ter onderbouwing van het extraheren door Weborama bij de notaris slechts logfiles overgelegd van 15 oktober 2005 en bij gebreke van verdere onderbouwing door WMS c.s., houdt de rechtbank het er voor dat Weborama alleen op 15 oktober 2005 gegevens van Webstats heeft verzameld. Daar komt bij dat artikel 2 lid 1 sub b Dbw er vooral op gericht is te voorkomen dat steeds opnieuw kleine gedeelten van een databank, die gezien de databank als geheel, niet-substantieel zijn, opgevraagd of hergebruikt worden, zodat de databank als het ware stukje bij beetje wordt “uitgemolken”. Uit niets is gebleken dat in het onderhavige geval sprake is van een situatie als hier bedoeld. Voorts hebben WMS c.s. onvoldoende gesteld om handelen in strijd met de normale exploitatie van de databank, dan wel handelen waarbij ongerechtvaardigd schade aan de rechtmatige belangen van de databankproducent wordt toegebracht, aan te nemen.

4.4. Ook is handelen in strijd met artikel 5a Dbw niet vast komen te staan. Op grond van artikel 5a Dbw handelt degene die doeltreffende technische voorzieningen omzeilt en dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, onrechtmatig. Tegenover de gemotiveerde betwisting van Weborama dat het bestand ‘robots.txt’ geen doeltreffende technische voorziening is, hebben WMS c.s. onvoldoende gesteld waaruit zou moeten blijken dat in het onderhavige geval sprake is van een omzeiling van een (doeltreffende) technische voorziening en daarmee onrechtmatig handelen van Weborama jegens WMS c.s. aan te kunnen nemen.

Ten aanzien van de overige vorderingen

4.5. WMS c.s. stellen dat Weborama door te handelen in strijd met artikel 7 en 9 van de gebruikersvoorwaarden van WMS c.s. wanprestatie heeft gepleegd jegens WMS c.s. De gebruikersvoorwaarden moeten worden beschouwd als de algemene voorwaarden van WMS c.s., aldus WMS c.s. Ook heeft Weborama, zonder

daartoe gerechtigd te zijn, gebruik gemaakt van een goed waarop WMS c.s. een exclusief (eigendoms)recht hebben. Weborama heeft daarmee inbreuk gemaakt op dat recht en onrechtmatig jegens WMS c.s. gehandeld. Voorts heeft Weborama zich schuldig gemaakt aan computervredebreuk als bedoeld in artikel 138a WvS door middels een computerprogramma opzettelijk en wederrechtelijk Webstats binnen te dringen door omzeiling van de beveiliging, althans zich toegang heeft verschaft door middel van een technische ingreep. Weborama heeft gegevens overgenomen en voor zichzelf vastgelegd. WMS c.s. hebben schade geleden die onder meer bestaat uit, maar niet beperkt is tot de schending van het databankenrecht, schending van de reputatie en het verlies van klanten. De schade dient nader opgemaakt te worden bij staat. WMS c.s. vorderen op grond van artikel 14 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (hierna: Handhavingsrichtlijn) en 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) de volledige proceskosten.

4.6. Weborama heeft aangevoerd dat WMS c.s. middels een beroep op de algemene voorwaarden geen recht kunnen krijgen dat hen op grond van de Dbw niet toekomt. Weborama heeft de algemene voorwaarden ook niet aanvaard. Ten aanzien van het exclusieve eigendomsrecht voert Weborama aan dat of, en in welke mate iemand rechthebbende is op een gegevensverzameling uitsluitend door de Dbw wordt bepaald. Nu Weborama geen inbreuk heeft gemaakt op het databankenrecht van WMS c.s., is van onrechtmatig handelen geen sprake geweest. Indien er al sprake van enig onrechtmatig handelen zou zijn geweest, dan heeft zich dat slechts voorgedaan in oktober 2005. De door Weborama opgevraagde gegevens zijn op verzoek van WMS c.s. direct vernietigd. Ten aanzien van de computervredebreuk voert Weborama aan dat het civiele recht in IE-zaken voorop staat. Ook is niet aan de delictsbestanddelen van artikel 138a WvS voldaan. Voorts voert Weborama aan dat WMS c.s. op geen enkele wijze aannemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden. De proceshouding van WMS c.s. is aanleiding voor matiging van de proceskostenveroordeling tot het forfaitaire bedrag, aldus Weborama. De door Weborama gemaakte proceskosten bedragen € 28.231,76.

4.7. De rechtbank overweegt als volgt. Ten aanzien van het handelen van Weborama in strijd met de gebruikersvoorwaarden van WMS c.s. is de rechtbank met Weborama van oordeel dat WMS c.s. door het op haar website vermelden van gebruikersvoorwaarden c.q. algemene voorwaarden niet eenzijdig een recht kunnen voorbehouden dat zij anders niet bezitten. Zij kunnen ook niet zonder meer door het gebruik van gebruikersvoorwaarden de rechten van anderen beperken. WMS c.s. hebben niet duidelijk gemaakt op grond waarvan zij dat wel zouden kunnen doen anders dan door het claimen van rechten waarvan het bestaan in het voorgaande al is afgewezen.

4.8. Voor toewijzing van de vorderingen die gebaseerd zijn op onrechtmatig handelen van Weborama jegens WMS c.s. is alleen plaats indien WMS c.s. belang hebben bij die vordering. Daarvan kan sprake zijn indien WMS c.s. schade hebben geleden of indien zij er belang bij hebben een verbod voor de toekomst te vragen. Ter comparitie hebben de raadslieden van WMS c.s. verklaard dat, voor zover WMS c.s. hebben kunnen vaststellen, door Weborama geen gebruik is gemaakt van de opgevraagde gegevens. De schade is alleen vast te stellen als duidelijk is hoeveel gegevens Weborama precies heeft opgevraagd en wat daarmee is gebeurd. Zij vorderen dan ook verwijzing naar de schadestaatprocedure. Voor een vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat dient volgens vaste rechtspraak de mogelijkheid van schade aannemelijk te zijn. WMS c.s. hebben op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat zij schade hebben geleden, terwijl het inmiddels enige tijd geleden is dat Weborama de databank van WMS heeft geraadpleegd en de eventuele schade zich inmiddels zou hebben moeten voordoen. Daarbij komt dat gesteld noch gebleken is dat Weborama voor of na 15 oktober 2005 gegevens van Webstats heeft opgevraagd, en de opgevraagde gegevens op eerste verzoek van WMS c.s. zijn vernietigd. Onder deze omstandigheden hebben WMS c.s. geen belang (meer) bij een verklaring voor recht. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zullen de overige vorderingen van WMS c.s. dan ook worden afgewezen.

4.9. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht kan, als reeds in het voorgaande behandeld dan wel niet ter zake dienend, buiten beschouwing blijven.

4.10. Het verzet is tijdig en op de juiste wijze ingesteld, zodat Weborama in zoverre in haar verzet kan worden ontvangen.

4.11. Het verstekvonnis zal op grond van het vorenstaande worden vernietigd. De vorderingen van WMS zullen alsnog worden afgewezen.

4.12. WMS c.s. zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Voor zover de onderhavige procedure betrekking heeft op handhaving van hun intellectuele eigendomsrechten heeft Weborama op grond van de Handhavingsrichtlijn desgevorderd aanspraak op de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die zij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. Weborama heeft voor de kosten van rechtsbijstand, onderbouwd met facturen, een bedrag van € 28.231,76 gevorderd. Weborama kan, nu de dagvaarding in de onderhavige zaak voor 1 mei 2007 is uitgebracht, geen aanspraak maken op het bepaalde in artikel 1019h Rv. Wel komt haar een beroep toe op de Handhavingsrichtlijn. De rechtbank stelt vast dat ongeveer de helft van de vorderingen in deze procedure betrekking heeft op het handhaven van intellectuele eigendomsrechten en voor het overige op vorderingen die gebaseerd zijn op andere rechten/gronden. Nu op grond van de Handhavingsrichtlijn de toe te wijzen kosten alleen betrekking kunnen hebben op handhaving van intellectuele eigendomsrechten zal de rechtbank de helft van de werkelijk door Weborama

gemaakte kosten toewijzen. Hetgeen Weborama ter zake van de door hen gemaakte werkelijke proceskosten heeft opgevoerd, lijkt niet onredelijk of onevenredig en is door WMS c.s. ook niet betwist. Ter zake van de overige vorderingen zal de helft van het liquidatietarief, groot € 904,- (2,0 punten × tarief € 452,-), worden toegewezen. Het vorenstaande leidt ertoe dat de door WMS c.s. te vergoeden kosten aan de zijde van Weborama worden begroot op:

- vast recht	€ 251,-
- salaris procureur (overige vorderingen)	€ 452,-
- salaris procureur (intellectuele eigendomsrechten)	€ 14.115,88
Totaal	€ 14.818,88

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. vernietigt het door deze rechtbank op 22 november 2006 onder zaaknummer / rolnummer 353603 / HA ZA 06-3340 gewezen verstekvonnis,

en opnieuw beslissend

5.2. wijst de vorderingen af,

5.3. veroordeelt WMS c.s. in de kosten van de verstekprocedure, aan de zijde van Weborama tot aan deze uitspraak begroot op nihil, en in de kosten van de verzetprocedure aan de zijde van Weborama tot op heden begroot op € 14.818,88,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.C. Hoogeveen en in het openbaar uitgesproken op 9 januari 2008.

HR 18 januari 2008
Van Gasteren - Hemelrijk
LJN-nummer BB3210

Vrijheid van meningsuiting, eer en goede naam, perspublicatie

Hemelrijk stelt in een "open brief" aan de Hoge Raad, onder meer gepubliceerd op internet, opnieuw het oorlogsverleden van Van Gasteren ter discussie. Zij heeft deze brief als privépersoon geschreven en gepubliceerd. Het hof heeft bedoeld dat de open brief voor de in deze zaak te verrichten toetsing op één lijn moet worden gesteld met een perspublicatie. Bij de

beoordeling van de onderdelen is van belang dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de persvrijheid in het kader van de ingevolge art. 10 EVRM te verrichten afweging een bijzondere plaats inneemt met als reden dat de pers zijn "vital role" van "public watchdog" moet kunnen spelen. Inmiddels kan echter (mede) door de opkomst van het internet niet nauwkeurig meer worden omschreven wat in de hier bedoelde zin is te verstaan onder "de pers" omdat daardoor ook voor particulieren de mogelijkheid is ontstaan zich buiten de tot dan toe bestaande media tot een breed publiek te richten. Het hof heeft, tegen de geschetste achtergrond, blijkbaar bedoeld bij deze ontwikkeling aansluiting te zoeken. Het heeft dit gedaan door, bij de te dezen te verrichten afweging, bijzondere betekenis toe te kennen aan het feit dat verweerder zich met de open brief – een publicatie op het internet op de persoonlijke website van verweerder – tot een breed publiek heeft gericht gericht teneinde vraagtekens te plaatsen bij het door eiser in "Het Uur van de Wolf" publiekelijk geschetste beeld van zijn motief om betrokkene 1 te doden en van zijn invrijheidstelling in 1946. Daarmee heeft zij volgens het kennelijke oordeel van het hof mede in het algemeen belang gehandeld, zodat het gerechtvaardigd is de open brief op één lijn te stellen met een perspublicatie. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk gemotiveerd. HR verwerpt cassatieberoep; publicatie van open brief was niet onrechtmatig.

UITSPRAAK

18 januari 2008
Eerste Kamer
Nr. C06/161HR
RM

Hoge Raad der Nederlanden

ARREST

in de zaak van:

[Eiser],
wonende te [woonplaats],
EISER tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk, aanvankelijk ook mr. H.A. Groen,

tegen

[Verweerder],

wonende te [woonplaats],
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. M.J. Schenck.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en [verweerster].

1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiser] heeft bij exploit van 11 mei 2001 [verweerster] gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd, kort gezegd, (i) te verklaren voor recht dat de verzending door [verweerster] van de “Open brief aan de Hoge Raad” van 2 november 1998 aan landelijke media en het plaatsen en geplaatst houden daarvan op het internet onrechtmatig waren respectievelijk zijn jegens [eiser], (ii) [verweerster] te gebieden de Open Brief te verwijderen en verwijderd te houden van het internet op straffe van een dwangsom, en (iii) [verweerster] te veroordelen tot vergoeding van de schade die [eiser] door de onder (i) bedoelde onrechtmatige daden heeft geleden en lijdt, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

[Verweerster] heeft de vorderingen bestreden.

Na mondelinge behandeling heeft de rechtbank bij vonnis van 16 juli 2003 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 9 maart 2006 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor [eiser] mede door mr. S.M. Kingma, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot verwerping.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 21 september 2007 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 24 mei 1943 heeft [eiser] de sinds 19 mei 1943 bij hem in Amsterdam ondergebrachte joodse onderduiker [betrokkene 1] om het leven gebracht. Het lijk is op 29 mei 1943 door [eiser] in een op eigen naam gehuurde boot in een zijslot van de Boerenwetering achtergelaten. [Eiser] is gearresteerd

en op 15 juni 1944 veroordeeld wegens doodslag (en het onttrekken van het lijk aan nasporing) tot gevangenisstraf voor de duur van vier jaar.

- (ii) Op 17 januari 1946 is aan [eiser] gratie verleend in die zin dat hem het nog onvervulde gedeelte van de straf is kwijtgescholden.
- (iii) In een brief van de toenmalige minister van justitie Kolfshoten van 6 februari 1946 aan 'de Groote Advies Commissie der Illegaliteit' is vermeld:
"In verband met de in verschillende dagbladen verschenen publicatie over de aan [eiser] verleende gratie, vestig ik er Uw aandacht op, dat de in deze mededeling gewekte voorstelling als zoude het een rehabilitatie betreffen niet juist is. Door een bij wege van gratie verleende kwijtschelding van straf wordt het vonnis niet aangetast zooals ook blijkt uit de inhoud van het gratiebesluit, waar in het onderhavige geval evenals in alle gratiebesluiten, na de mededeeling van het verleende gunstbetoon de zinsnede is opgenomen 'blijvende het vonnis overigens in zijn geheel'. Het instituut van de gratie kan niet aangewend worden als een laatste rechtsinstantie."
- (iv) In een artikel in NRC-Handelsblad van 1 december 1989 heeft [eiser] zich over het ombrengen van [betrokkene 1] uitgelaten. In dit artikel is hij onder meer geciteerd als volgt:
"Er zijn in dit land twee gevallen geweest die als gevolg van verzetsactiviteiten in aanraking zijn gekomen met de toenmalige Nederlandse justitie. Een ervan ben ik (...). Ik heb al dingen gefilmd en gereconstrueerd, materiaal verzameld uit de oorlog, zelfs over de liquidatie van die onderduiker, die voor mij gewoon een levensbedreiging was – en niet voor mij alleen, maar ook voor anderen – en na gemeen overleg moest worden geliquideerd."
- (v) Naar aanleiding van dit artikel zijn in januari en februari 1990 artikelen verschenen in Het Parool van de hand van Bart Middelburg. Het gerechtshof te Amsterdam heeft voor recht verklaard dat deze artikelen, waarin de beschuldiging overheerst dat hij zich zou hebben schuldig gemaakt "aan een (ordinaire) roofmoord", voor [eiser] beledigend zijn en Het Parool en Middelburg veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep is bij arrest van 6 januari 1995, nr. 15549, NJ 1995, 422 (hierna: het Paroolarrest) door de Hoge Raad verworpen.
- (vi) Bij uitspraak van 6 november 1997 heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat het doden van [betrokkene 1] door [eiser] niet tot verzet van de dader in de zin van art. 1 eerste lid van de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945 behoort, zodat het door [eiser] mede op die grond aangevraagde pensioen terecht is geweigerd. Daarbij heeft de Centrale Raad overwogen dat voor het bestaan van een noodsituatie in objectieve zin, verband houdende met verzetsactiviteiten, geen gegevens aanwezig zijn die niet ten gronde berusten op opgaven van [eiser] zelf. Hieraan heeft de Centrale Raad toegevoegd dat het feit dat de Grote Adviescommissie der Illegaliteit in januari 1946 de rehabilitatie van [eiser] heeft uitgesproken niet tot een andere slotsom leidt, nu niet is kunnen blijken dat daaraan daadwerkelijke verificatie van feiten ten grondslag ligt, en dat dit ook geldt voor de gratiëring van [eiser] in 1946.

- (vii) Op 1 december 1997 is in het NPS-televisieprogramma “Het Uur van de Wolf” een portret van [eiser] uitgezonden. Het programma is op 23 mei 1998 herhaald. In dit programma wordt [eiser] geïnterviewd over de zaak-[van betrokkene 1]. [Eiser] zegt daarin onder meer het volgende:
“De man was een paralysis agitans-patiënt, de man had zijn hele leven nog nooit gewerkt, de man beschikte over een vermogen dat hem blijkbaar door zijn familie ter beschikking werd gesteld in zijn verblijf in Nederland, was Duitser van origine, sprak zeer slecht Nederlands, dus er was direct te horen dat hij Duits was, ja, zag er, en dan moet je er nog mee oppassen om dat nu te zeggen, zag er joods uit, dus dat waren nogal wat risico’s die daar een rol speelden. Nou dan is er dus niet meer vooruit of achteruit te gaan. (...) Totdat er een advies kwam: je slaat hem bewusteloos en je moet hem verdrinken, een geluidloze operatie, en ik zorg dat hij wordt afgevoerd. En dan komt zo’n auto dus niet. Want dan is er een chauffeur ziek die betrouwbaar is. (...) Ja, ik ben de uitvoerder van die daad en toen de oorlog dus voorbij was, had ik verwacht, nou nu treedt er een artikel in werking en dat artikel was er dus niet, daar voorzag de Nederlandse grondwet niet in, dat daden, die voortvloeiden uit het verzet, maar door de Nederlandse Justitie berecht, dat die ogenblikkelijk voor invrijheidstelling in aanmerking kwamen. (...) Dus de procedurele vraag was alleen nog maar: ik kan gratie vragen. En ben dan de straat op, met welnemen van Majesteit. En dat is dus gebeurd. En in dat verslag van dat gratieverzoek, wat de minister dan heeft uitgeschreven, daar wordt dan ook gereleveerd dat ik aan het Nederlandse verzet heb deelgenomen en toen heeft de Grote Adviescommissie der Illegaliteit een verklaring doen publiceren in alle toen verschijnende dagbladen: [eiser] is in vrijheid gesteld en daarmee is zijn casus teruggebracht tot de proporties waar ie hoort: dit was een casus van een liquidatie die diende te gebeuren in het belang van het verzet. Punt uit af.”
- (viii) De genoemde verklaring van de Grote Adviescommissie der Illegaliteit verscheen tijdens het interview langdurig en goed leesbaar als persbericht in beeld. Deze verklaring houdt onder meer in dat [eiser] “deze daad moest verrichten in het belang van het verzet tegen den onderdrukker: het slachtoffer leverde door zijn gedrag een groot gevaar op voor den verzetsstrijd. Naar aanleiding van deze feiten is [eiser] thans gerehabiliteerd en in vrijheid gesteld.”
- (ix) Op 6 oktober 1998 heeft [verweerster] een column over [eiser] aangeboden aan het Algemeen Dagblad, met afschrift aan de raadsman van [eiser], met als titel “Verzetsheld aan mijn hoela”. Nadat deze raadsman daartegen bij brieven van 7 en 8 oktober 1998 had geprotesteerd, heeft het Algemeen Dagblad afgezien van publicatie van de column.
- (x) Op 2 november 1998 heeft [verweerster] naar aanleiding daarvan een “OPEN BRIEF AAN DE HOGE RAAD” (verder: de open brief) gestuurd, die zij tevens heeft verzonden aan een aantal landelijke dagbladen en aan de raadsman van [eiser]. Ook heeft zij deze (enigszins aangepaste en aangevulde) open brief op haar website geplaatst. De tekst daarvan luidt als volgt:

“Geachte Hoge Raad,

Ik schrijf U over een onderwerp dat ik, als ik de juristen geloven mag, nooit meer kan aanroeren. Nou ja, ik kan het wel doen, maar, aldus die juristen, dan krijg ik onmiddellijk een proces met een dikke vette schadeclaim aan mijn broek, dat ik gegarandeerd ga verliezen. Waarom zal ik dat proces onvermijdelijk verliezen? Omdat ik het verleden van de cineast [eiser] niet meer mag oprakelen. Ik dacht altijd dat je in een vrij en beschaafd land alles mocht schrijven, zolang je je maar niet bezondigt aan racisme, opruiing, laster of smaad, maar dat schijnt niet waar te zijn. En dat komt, aldus die deskundige juristen, doordat Uw Raad op 17 februari 1995 een arrest heeft gewezen, waarin het, kort samengevat, onrechtmatig wordt verklaard om ooit nog een letter te publiceren over het feit dat [eiser] in de oorlog een onderduiker heeft vermoord. Waarom mag je daar niet over schrijven? Omdat, aldus de teneur van Uw arrest, [eiser] nu genoeg geleden heeft onder het oprakelen van deze affaire, en omdat het niet aangaat zijn privacy, zoveel jaren na dato, nog langer te schenden. Hij heeft toch indertijd gratie gekregen van minister Kolfschoten van justitie? Dus zand erover! Ik hoop dat ik zo, in leekentermen, Uw arrest adequaat heb samengevat. Zo is het mij althans uitgelegd door drie op dit gebied doorknede juristen. [Eiser] zelf die mag, gek genoeg, zijn verleden oprakelen zoveel hij maar wil. Zelfs als hij daarover flagrante leugens debiteert. Hij is met dat oprakelen notabene, in een NRC-interview van december 1989, zelf begonnen! Hij mag tot op de huidige dag graag in interviews vertellen dat hij bezig is een film te maken over zijn oorlogsavontuur, dat volgens hem dezelfde thematiek heeft als W.F. Hermans verzetsroman *De donkere kamer van Damocles*. Ook zijn invloedrijke supporters uit CPN-kring (zoals wijlen Jan Vrijman, en onlangs weer Elsbeth Etty) hebben niets van U te vrezen als zij de beroemde Moord in de Beethovenstraat in hun columns ter sprake brengen. Zelfs niet als zij daarover flagrante leugens debiteren.

Omdat dit een Open Brief is, en niet iedereen weet waar ik het over heb, even een korte samenvatting: [eiser] heeft in 1943 vijf dagen een invalide onderduiker in huis gehad, die hij vervolgens met een zwaar voorwerp de schedel heeft ingeslagen, en tenslotte in de badkuip heeft verzopen. Hij werd prompt gepakt, omdat hij zo onnozel was geweest ‘s mans lijk in het water te dumpen met behulp van een bootje dat hij gehuurd had onder zijn eigen naam. (Dit alleen al is voor mij persoonlijk afdoende om zeker te weten dat hij nooit iets met het georganiseerd verzet te maken kan hebben gehad; het eerste wat je kreeg als je in het verzet ging, al was het maar als koerier, dat was een schuilnaam. Maar ik dwaal af.): De moord werd berecht, en [eiser] werd veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf. Zelf noemt hij deze moord altijd “een noodzakelijke liquidatie in het belang van het Verzet”. De bewuste onderduiker, genaamd [betrokkene 1], zou mataglap zijn geworden, en met zijn onberekenbare gedrag het leven van [eiser] en zijn collega-verzetshelden in gevaar hebben gebracht.

[Eiser] zat namelijk in het Verzet. Beweert hij. Zijn zuster [betrokkene 2], die

tijdens de moord op de uitkijk stond (“Mijn vader studeert een rol in” zei ze tegen de burens die op het kabaal afkwamen), die had weliswaar – dat was een publiek geheim binnen het Amsterdamse politiekorps – een verhouding met de hoogste SD-chef in den lande [betrokkene 6], maar dat mocht kennelijk de pret niet drukken. “Roddels bij de Amsterdamse politie, daar hebben wij geen boodschap aan” zult U zeggen, en daar hebt U gelijk in. Maar ik wil ze toch ter sprake brengen, en wel om de nagedachtenis te eren van de Amsterdamse rechercheur die met het onderzoek naar de moord was belast. Hij heette [betrokkene 7]. Zodra hij probeerde [betrokkene 2] op verdenking van medeplichtigheid aan de tand te voelen, liet [betrokkene 6] hem door de SD op de Euterpestraat ontbieden, beschuldigen van het opmaken van een vals verbaaltje, en deporteren naar een concentratiekamp.

[Betrokkene 7] is nooit teruggekomen. [Betrokkene 2] daarentegen mocht kort na de bevrijding alweer verzetspoëzie voordragen bij de Nationale Herdenking op de Dam. In 1978 werd zij geridderd tot officier in de Orde van Oranje Nassau.

Let wel: ik heb deze wijsheid uit de beste bron. De romance tussen [betrokkene 2] en [betrokkene 6], en de fatale gevolgen die dat voor de arme [betrokkene 7] heeft gehad, het is allemaal uitvoerig ter sprake geweest in het proces dat [eiser] indertijd tegen het Parool heeft aangespannen, en uiteindelijk – dankzij Uw Raad – nog heeft gewonnen ook. Die zege heeft mij altijd in hoge mate verbaasd. U weet net zo goed als ik dat niemand ooit heeft kunnen achterhalen wat [eiser] nou zoal deed in het Verzet, behalve dan een onderduiker vermoorden. Hij beweert dat hij deel uitmaakte van de z.g. Vrije Groepen, maar daar zat toevallig mijn eigen oom in, en die leeft gelukkig nog, en die kon met de hand op het hart (en desgewenst onder ede) verklaren dat [eiser] daar nooit iets mee uitstaande heeft gehad. [eiser] beweert voorts dat hij na de oorlog “geheel is gerehabiliteerd door de Grote Adviescommissie der Illegaliteit” en U weet net zo goed als ik dat dat eveneens een leugen is: [eiser] heeft na de oorlog gratie gekregen, op voorspraak van zijn beroemde ouders, die een vooraanstaand verzetsstrijder, [betrokkene 3], hadden overgehaald een goed woordje voor hun zoon te doen bij minister Kolfschoten van justitie. Diezelfde [betrokkene 3] (onthoud die naam!) heeft daarna een persberichtje laten opstellen (op briefpapier van de Grote Adviescommissie der Illegaliteit, maar daar wisten de andere leden van de Adviescommissie der Illegaliteit niets van!), waarin het heette dat [eiser] thans “volledig” was ‘gerehabiliteerd’. Dat persberichtje is toen klakkeloos door de NRC overgenomen. Ik heb het knipsel nog. [eiser] ook. Hij schermt er onophoudelijk mee. Als journalisten zijn verzetsrelaas op goede gronden in twijfel trekken loopt hij namelijk meteen naar de rechter, maar als zij aperte leugens over hem debiteren wrijft hij tevreden in zijn handen. En Uw Raad is hem daarbij behulpzaam, als ik zo vrij mag zijn. [betrokkene 3] heeft later zelf toegegeven dat hij van de moordzaak niets afwist, en zich alleen maar voor die kar had laten spannen om de [eiser]s (voor wie hij ken-

nelijk een heilig ontzag had) een plezier te doen. Dit staat allemaal vast, dat weet Uw Raad net zo goed als ik.

Over de werkelijke motieven van [eiser] om die onderduiker om zeep te brengen ga ik niet speculeren. Ik kijk wel uit. Wel staat vast dat die onderduiker een klein fortuin aan geld bezat, dat hij dag en nacht bij zich droeg. Dat weet Uw Raad net zo goed als ik. Uw Raad weet eveneens net zo goed als ik dat [eiser] kort na de moord door getuigen is gesignaleerd met een grote hoeveelheid geld, dat eruit zag alsof het in het water had gelegen. Hij was, als ik me goed herinner, bezig de bankbiljetten te drogen te hangen. Maar over de werkelijke motieven van [eiser] ga ik niet speculeren. Ik kijk wel uit. Laten de lezers hun eigen conclusies maar trekken. De vrouw die die onderduiker onder haar hoede heeft gehad voordat hij door [eiser] werd “geliquideerd” heette [betrokkene 4]. Zij zat wel degelijk in het verzet, en kon dat ook heel goed aantonen. Jarenlang heeft zij geprobeerd uit te vissen wat er nou eigenlijk met “haar” onderduiker was gebeurd. Zij voelde zich verantwoordelijk voor die man, zoals U begrijpt, en zij vertrouwde de lezing van [eiser] niet. Zij wist namelijk uit eigen ervaring dat die onderduiker helemaal geen onberekenbare hystericus was geweest, maar in tegendeel een zeer gedweë en bescheiden invalide. [Betrokkene 4] is bij haar volkomen gerechtvaardigde naspeuringen stelselmatig gedwarsboomd door [eiser] en zijn dikke vrienden, te weten [betrokkene 8] (toenmalig directeur van het RIOD), Jan Vrijman (Paroolcolumnist), en [betrokkene 9] (sociëtyhuisarts en wethouder te Amsterdam). Van [betrokkene 8] kreeg [betrokkene 4] te horen dat ze beter naar de psychiater kon gaan met haar “obsessie” in plaats van het RIOD lastig te vallen met haar onverkwikkelijke vragen. Met z’n vieren hebben ze haar zo goed als zenuwziek gemaakt met hun scheldkanonnades, en tenslotte is zij, na door de stichting 40-45 (daar heb je waarachtig [betrokkene 3] weer; hij zat in het bestuur) aan zeer vernederende kruisverhoren te zijn onderworpen, afgescheept met een verzetspensioentje waarvan je de kat nog niet eens te eten kon geven.

[Eiser] daarentegen werd in 1993 door zijn vriend [betrokkene 3] (daar heb je hem weer!) voorgedragen voor een verzetspensioen. Kennelijk kom je daarvoor in aanmerking als je vijf dagen een onderduiker hebt geherbergd, zelfs als je hem vervolgens hebt vermoord zonder daarvoor ooit een plausibele verklaring te geven. Of [eiser] dat pensioen ook gekregen heeft onttrekt zich aan mijn waarneming, maar mij persoonlijk zou het niets verbazen als het hoger is uitgevallen dan dat van [betrokkene 4]. Daar is namelijk niet veel voor nodig. [Betrokkene 4] is intussen overleden, ongetwijfeld tot de onuitsprekelijke opluchting van [eiser] en z’n advocaat Herman Doeleman. Ze lag nog niet onder de grond of [eiser] dook weer op in de media, om op te schepen over zijn Leven & Werken, en om wederom te onthullen dat hij hard werkt aan een film-epos over zijn verzetsdaad. Hij mag zijn verleden namelijk oprakelen zoveel hij maar wil. Zelfs als hij daarover flagrante leugens debiteert. Ook de kranten mogen zijn verleden ongestraft oprakelen, mits zij hun lezers maar wijsmaken dat [eiser] indertijd “een noodzakelijke liquida-

tie heeft voltrokken in het belang van het Verzet” en na de oorlog “volledig is gerehabiliteerd”. Onlangs mocht ik dat weer uit de Volkskrant vernemen, naar aanleiding van het feit dat het wandelgidsje “Moordwandelings door Amsterdam” uit de handel was genomen. Daarin was ook de Moord in de Beethovenstraat opgenomen, en Elsbeth Etty was er als de kippen bij om in de NRC schande te spreken van het leed dat [eiser] hier werd aangedaan, en [eiser] zijn advocaat was er als de kippen bij om de uitgever een dreigbrief op poten te sturen. Het is niet eens tot een proces gekomen. De Arbeiderspers is onmiddellijk door de knieën gegaan, heeft de hele oplage vernietigd, en aan [eiser] een schadevergoeding afgetikt van 20.000 gulden. Is Uw Raad zich er eigenlijk van bewust dat hij met zijn merkwaaardige arrest [eiser] een vrijbrief heeft verstrekt om slapend rijk te worden? Is Uw Raad zich ervan bewust hoeveel geld [eiser] intussen heeft verdiend aan de moord op [betrokkene 1]? Terwijl hij er, met twee en een halfjaar gevangenisstraf gevolgd door gratie, toch al zo zeldzaam genadig is afgekomen? Hoeveel geld hij precies aan die moord heeft overgehouden kan ik niet becijferen, omdat ik niet kan nagaan of hij dat verzetspensioen ook werkelijk heeft gekregen (al durf ik daar best mijn kop onder te verwedden), noch hoeveel geld daarmee gemoeid is. Ook mag ik niet weten hoe groot de schadeloosstelling is geweest die [eiser], op last van Uw Raad, indertijd van het Parool heeft mogen incasseren. Maar het zal niet niks zijn geweest, nog afgezien van de astronomische proceskosten, die uiteraard ook allemaal aan het Parool in rekening zijn gebracht. Als ik de juristen geloven mag, kan ik er donder op zeggen dat ik door deze open brief terstond een proces op mijn dak zal krijgen, dat ik roemloos ga verliezen. Dat is dan ook de reden dat ik dit proza niet in mijn eigen krant kan publiceren. Vandaar dat ik mijzelf geheel op persoonlijke titel, via deze brief als proefkonijn aanbied. Ik ben razend benieuwd of Uw Raad uiteindelijk ook mij in het ongelijk gaat stellen, en allen die het na mij wagen [eiser] tegen te spreken als hij weer eens in woord of geschrift opschept over zijn daden in het Verzet.

Dat kan een netelige situatie worden voor Uw Raad, stel ik mij zo voor: hoe meer mensen het wagen gebruik te maken van hun in de Grondwet verankerde recht op vrije meningsuiting, hoe meer nullen [eiser] op zijn bankrekening kan bijschrijven. Om nog maar te zwijgen van het feit dat de media vervolgens hun lezers weer onbekommerd mogen wijsmaken dat [eiser] indertijd “volledig is gerehabiliteerd”, zonder dat iemand dat mag ontzenuwen. Ik wacht met grote belangstelling Uw reactie af. Ik koester namelijk nog steeds de illusie dat wij hier in een rechtsstaat leven. En zelfs als justitie het laat afweten, dan bestaat er nog altijd zoiets als de vrije pers en de publieke opinie. Tenzij het hier een politiestaat is. Maar daar ga ik vooralsnog niet van uit.

Met vriendelijke groet,

[verweerster]

P.S. Hoe moet dat nou als die langverbeide film, waaraan [eiser] nu al jaren zegt te werken, op een goeie dag waarachtig nog in première gaat ook (luid

bejubeld door Elsbeth Etty, mag ik aannemen, en zonder twijfel prompt door [betrokkene 3] voorgedragen voor een Gouden Kalf)? Mogen wij [eiser] dan weer niet tegenspreken als hij zichzelf daarin opvoert als een tweede Gerrit van der Veen? Sterker nog: mogen wij die film dan überhaupt wel bespreken in onze kranten? Of gaat dat ons 20 mille per recensie kosten, per omgaande te voldoen aan de regisseur? Ik vraag het maar.”

- (xi) Aan de open brief is aandacht besteed in het VPRO radioprogramma ‘Aardse Zaken’ van 10 november 1998, de Groene Amsterdammer van 11 november 1998 en HP/De Tijd van 20 november 1998.
- (xii) Op 10 juni 2005 heeft de Raadskamer WBP van de Pensioen- en Uitkeringsraad (PUR) uitspraak gedaan op een bezwaarschrift van [eiser] in de herzieningsprocedure (strekking tot herziening van de weigering van zijn aanvraag om toekenning van een pensioen ingevolge de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945). De PUR heeft dit bezwaar ongegrond verklaard en overwoog daartoe onder meer:

“In het in het kader van het herzieningsverzoek opgestelde aanvullend rapport wordt een drietal nova gesteld. De nadere getuigenverklaring van [betrokkene 5] bevat geen andere feiten dan reeds bekend waren uit diens in het kader van de primaire procedure overgelegde verklaringen. Ter zake van de stukken van het Ministerie van Justitie alsook de correspondentiestukken van destijds tussen u en uw ouders stelt de raadskamer zich op het standpunt dat deze stukken in relatie tot het onderwerp van herziening zijnde aspect van het doden van de joodse onderduiker [betrokkene 1] evenmin (nieuwe) feiten bevatten. (...) In het aanvullend stichtingsrapport wordt een aantal stukken naar voren gebracht die naar het standpunt van de Centrale Bestuurscommissie als nieuwe feiten een verdere bevestiging vormen voor de verzetskwalificatie van het doden van [betrokkene 1]. Wij zijn evenwel van oordeel dat deze stukken geen feiten bevatten dan wel opleveren dewelke ons aanleiding zouden moeten geven het ombrengen van de joodse onderduiker [betrokkene 1] deze kwalificatie mee te geven.”

3.2 Tegen deze achtergrond heeft [eiser] de onderhavige procedure tegen [verweerster] aanhangig gemaakt. Zeer kort samengevat stelt hij dat laatstgenoemde tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld door de open brief te publiceren, nu deze beweringen bevat die door de Hoge Raad in het Paroolarrest onrechtmatig en/of ongegrond zijn geoordeeld. [Verweerster] heeft tot haar verweer met name aangevoerd dat, als het [eiser] vrijstaat opnieuw in de publiciteit te treden met zijn gekleurde versie van wat zich destijds heeft afgespeeld, het haar vrijstaat die versie tegen te spreken, met name de bewering van [eiser] dat hij [betrokkene 1] heeft gedood in het belang van het verzet.

De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Verkort weergegeven en voor zover in cassatie van belang, heeft het daartoe als volgt overwogen. Tegenover elkaar staan twee fundamentele rechten, enerzijds de uitingsvrijheid en anderzijds het recht op eer en goede naam alsmede het recht op

eerbiediging van privacy en het recht om alleen – dat wil zeggen: met rust – te worden gelaten. Om te bepalen welk van beide rechten in deze zaak het zwaarste weegt, dienen alle van belang zijnde omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. In dat verband is mede van belang dat de open brief is te beschouwen als een perspublicatie. Als uitgangspunt bij de beoordeling daarvan geldt het recht van vrijheid van meningsuiting. Gelet op de toon en strekking van de open brief heeft de rechtbank voorts terecht geoordeeld dat deze het karakter heeft van een column, waaraan niet dezelfde hoge eisen mogen worden gesteld als aan onderzoeksjournalistiek, zoals die door Middelburg werd beoefend. Verder is in aanmerking te nemen dat op zijn minst vraagtekens kunnen worden gezet bij de veronderstelling dat het doden van [betrokkene 1] een daad van verzet was, noodzakelijk ter bescherming van het leven van [eiser] en/of anderen, terwijl [eiser] in het hiervoor in 3.1 onder (vii) aangehaalde programma onmiskenbaar de indruk wekt dat dit een daad van verzet was en dat dit objectief is komen vast te staan gelet op de rehabilitatie door de Grote Adviescommissie der Illegaliteit, waarvan echter geen sprake is geweest. Hoewel het hier gaat om een daad van inmiddels 55 jaar geleden, heeft [eiser] het onder de voormelde omstandigheden, en mede in aanmerking genomen het hiervoor in 3.1 onder (vi) aangehaalde oordeel van de Centrale Raad van Beroep van nog geen maand tevoren, over zichzelf afgeroepen dat een kritische toeschouwer als [verweester] zich genoodzaakt zou voelen het verhaal tegen te spreken dat [eiser] daarover in “Het Uur van de Wolf” heeft gehouden. En dat mocht zij ook doen. Het algemeen belang dat hier in het spel is, betreft immers niet alleen de nagedachtenis van [betrokkene 1], maar ook de gevoelens van andere (nabestaanden van) slachtoffers van de jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog. Anders dan [eiser] stelt heeft [verweester] niet gesuggereerd dat [eiser] uit geldelijk gewin [betrokkene 1] om het leven heeft gebracht. Zij heeft slechts op cynische en provocerende wijze gesteld dat zij [eiser] niet gelooft en dat staat haar vrij, gelet op de manier waarop [eiser] zelf in de openbaarheid is getreden.

De bij de beoordeling van het geschil aan te leggen maatstaven

3.3 De onderdelen 2-2.2 en 7-7.2 van het middel stellen in onderling verband de maatstaven aan de orde die moeten worden aangelegd bij de beantwoording van de vraag of de open brief jegens [eiser] onrechtmatig is. Volgens de onderdelen 2-2.2 heeft het hof daarbij ten onrechte de vrijheid van meningsuiting als uitgangspunt genomen, en zodoende miskend dat geen grond bestaat een rangorde te aanvaarden tussen dat recht en het recht op eer en goede naam alsmede het recht op eerbiediging van privacy en het recht om met rust te worden gelaten. Voorts is de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in beginsel gegeven als in de open brief (deels) onware mededelingen over [eiser] voorkomen, in elk geval als [verweester] dit wist of behoorde te weten. Volgens de onderdelen 7-7.2 heeft het hof ten onrechte alleen de noodzakelijkheidstoets van art. 10 lid 2 EVRM uitgevoerd, en niet ook de noodzakelijkheidstoets van art. 8 lid 2 EVRM. Mocht het hof dit wel hebben gedaan, dan heeft het zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd.

3.4.1 Zoals het hof terecht heeft overwogen (rov. 3.2 en 3.3) gaat het in deze zaak om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van [verweerster] het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van [eiser] diens hiervoor nader omschreven recht op eer en goede naam en op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het onderhavige geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in rov. 5.11 van het Paroolarrest heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grw. en 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Ditzelfde geldt voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat eerst aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid.

3.4.2 Met het oog op de verdere beoordeling van het middel wordt voorts nog het volgende opgemerkt. In deze zaak gaat het om de beoordeling van een meningsuiting waarin vraagtekens worden geplaatst bij de versie die [eiser] in “Het Uur van de Wolf” heeft gegeven van de motieven die hem in 1943 ertoe hebben gebracht [betrokkene 1] om het leven te brengen (zie hiervoor in achtereenvolgens 3.1(vii) en 3.1(i)). Zoals het EHRM heeft geoordeeld kan, zelfs wanneer sprake is van een (louter) waardeoordeel, de proportionaliteit van de inbreuk op door art. 8 EVRM beschermde rechten ervan afhangen of een voldoende feitelijke basis bestond voor de desbetreffende uiting, omdat zelfs een waardeoordeel excessief en daarom onrechtmatig kan zijn indien elke feitelijke basis daarvoor ontbreekt (vgl. onder meer EHRM 19 december 2006, nr. 18235/02).

3.5 Het hof heeft in rov. 3.4 van zijn arrest overwogen dat “als uitgangspunt bij de beoordeling van een perspublicatie geldt het recht van vrijheid van meningsuiting”. Blijkens rov. 3.2 en 3.3, alsmede blijkens het vervolg van zijn arrest, heeft het hof echter – zoals het behoorde te doen – aan de hand van alle terzake dienende omstandigheden van het geval afgewogen welk van de betrokken grondrechten in dit geval het zwaarste dient te wegen. Daarom heeft het hof met de door de onderdelen gewraakte zin blijkbaar niet iets anders bedoeld dan dat bij de beoordeling van een (pers)publicatie in alle gevallen de vrijheid van meningsuiting in aanmerking moet worden genomen. De rechtsklacht dat het hof is uitgegaan van een rangorde tussen de hier aan de orde zijnde rechten mist dus feitelijke grondslag. Uit de hierna volgende behandeling van de overige onderdelen volgt dat ook de motiveringsklacht faalt.

Is de open brief door het hof terecht en op goede gronden aangemerkt als een perspublicatie?

3.6 De onderdelen 1-1.3 keren zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof in rov. 3.4 van zijn arrest dat de open brief dient te worden beschouwd als perspublicatie. Het hof heeft dit oordeel gebaseerd op de omstandigheden dat [verweerster] heeft bedoeld met de open brief in de openbaarheid te treden, dat zij deze naar alle landelijke media heeft gestuurd en heeft gepubliceerd op haar website, alsmede dat zij in verschillende interviews over de inhoud daarvan heeft gesproken.

3.7 Aangezien tussen partijen vaststaat, en bovendien uit het slot van de open brief onmiskenbaar blijkt, dat deze door [verweerster] als privépersoon is geschreven en gepubliceerd, heeft het hof met zijn door de onderdelen bestreden oordeel kennelijk bedoeld dat de open brief voor de in deze zaak te verrichten toetsing op één lijn moet worden gesteld met een perspublicatie. Bij de beoordeling van de onderdelen is van belang dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de persvrijheid in het kader van de ingevolge art. 10 EVRM te verrichten afweging een bijzondere plaats inneemt met als reden dat de pers zijn “vital role” van “public watchdog” moet kunnen spelen. Inmiddels kan echter (mede) door de opkomst van het internet niet nauwkeurig meer worden omschreven wat in de hier bedoelde zin is te verstaan onder “de pers” omdat daardoor ook voor particulieren de mogelijkheid is ontstaan zich buiten de tot dan toe bestaande media tot een breed publiek te richten. Het hof heeft, tegen de geschetste achtergrond, blijkbaar bedoeld bij deze ontwikkeling aansluiting te zoeken. Het heeft dit gedaan door, bij de te dezen te verrichten afweging (zie hiervoor in 3.4.1), bijzondere betekenis toe te kennen aan het feit dat [verweerster] zich met de open brief – een publicatie op het internet op de persoonlijke website van [verweerster] – tot een breed publiek heeft gericht gericht teneinde vraagtekens te plaatsen bij het door [eiser] in “Het Uur van de Wolf” publiekelijk geschetste beeld van zijn motief om [betrokkene 1] te doden en van zijn invrijheidstelling in 1946. Daarmee heeft zij volgens het kennelijke oordeel van het hof mede in het algemeen belang gehandeld, zodat het gerechtvaardigd is de open brief op één lijn te stellen met een perspublicatie. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk gemotiveerd.

Heeft het hof de open brief terecht gelijkgesteld met een column?

3.8 De onderdelen 3-3.8 zijn gericht tegen oordeel van het hof in rov. 3.5 dat de open brief door de rechtbank terecht is gelijkgesteld met een column. De onderdelen voeren tegen dit oordeel een reeks klachten aan.

Voor zover deze klachten erop neerkomen dat dit oordeel onbegrijpelijk is omdat de open brief niet voldoet aan de kenmerken van een column, kunnen zij niet tot cassatie leiden omdat zij feitelijke grondslag missen. Door de wending “gelijkgesteld met” te bezigen heeft het hof immers tot uitdrukking gebracht zich ervan bewust te zijn dat de open brief geen column in de journalistieke en gebruikelijke betekenis van het woord is.

Voor zover de klachten ertoe strekken dat de door het hof gemaakte vergelijking met een column onbegrijpelijk is, falen zij omdat naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof de open brief met een column gemeen heeft dat daarin niet (in de eerste plaats) een feitelijk relaas wordt gedaan, maar een mening of oordeel wordt gepresenteerd op een prikkelende wijze.

Voor zover de onderdelen klagen dat alleen een column, en dan nog slechts tot op zekere hoogte, (in de woorden van de onderdelen) een “vrijplaats” is, falen zij omdat deze stelling niet juist is. Indien voor het publiek waarop een uiting zich richt duidelijk is dat de uiting ertoe strekt een opinie naar voren brengen, moeten aan de beoordeling van de rechtmatigheid daarvan andere eisen worden gesteld dan wanneer het gaat om een feitelijk relaas. In dit verband is dus niet het etiket (“column”) van belang, maar de inhoud. Overigens mogen ook in een zuiver opiniërende publicatie de (door de aard van die publicatie beïnvloede) grenzen van de betamelijkheid niet worden overschreden; zie hiervoor in 3.4.2.

Voor zover de klachten inhouden dat een column of een daarmee gelijk te stellen geschrift, zoals de open brief, per definitie niet geschikt is om daarin een serieus en gevoelig onderwerp als het ombrengen van een joodse onderduiker tijdens de Tweede Wereldoorlog te bespreken, falen zij reeds omdat daarin wordt miskend dat de open brief naar de feitelijke vaststelling van het hof niet zozeer ertoe strekt het ombrengen van [betrokkene 1] aan de orde te stellen, als wel om vraagtekens te zetten bij de versie die de dader, [eiser], van zijn daad in de publiciteit heeft gebracht.

Had [verweerster] klemmende redenen van publiek belang bij het publiceren van de open brief?

3.9 De onderdelen 4-4.4 zijn gericht tegen het oordeel van het hof (rov. 3.7) dat, ondanks het zwaarwegende belang van [eiser] bij respectering van zijn recht op privacy, toch voldoende klemmende redenen aanwezig waren om tot publicatie van de open brief over te gaan, nu (i) [eiser] door zijn uitspraken in “Het uur van de Wolf” over zichzelf heeft afgeroepen dat een kritische toeschouwer als [verweerster] zich genoodzaakt voelde “deze misstand” aan de kaak te stellen en (ii) het algemeen belang dat hier in het spel is niet alleen de nagedachtenis van [betrokkene 1] betreft, maar ook de gevoelens van andere (nabestaanden van) slachtoffers van de jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog.

3.10 De onderdelen falen. Gelet op de door het hof aangehaalde omstandigheden dat [eiser] in “Het Uur van de Wolf” andermaal de publiciteit heeft gezocht en dat hij in die televisieuitzending ten onrechte de indruk heeft gewekt na zijn veroordeling volledig te zijn gerehabiliteerd, getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk dat het hof klemmende redenen van publiek belang aanwezig heeft geacht die het publiceren en onder de aandacht van het publiek brengen van de open brief rechtvaardigden. Daarbij kan overigens in het midden blijven of ter rechtvaardiging van de open brief de eis gesteld moet worden dat voor de publicatie klemmende redenen van publiek belang bestaan, nu het immers niet gaat om een “zowel grievende als ontterende beschuldiging van

roofmoord” (rov. 5.10 van het Paroolarrest), maar naar de vaststelling van het hof – die, zoals hierna zal blijken, in cassatie tevergeefs wordt bestreden – slechts om een “op cynische, provocerende wijze aan de kaak stellen” van het verhaal van [eiser] dat het doden van [betrokkene 1] een verzetsdaad was. Het feit dat het hof bij zijn oordeel bovendien niet alleen de nagedachtenis van [betrokkene 1], maar ook de gevoelens van andere (nabestaanden van) slachtoffers van de jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog heeft betrokken, is evenmin onjuist. Het is voorts alleszins begrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld – zoals dat oordeel moet worden verstaan – dat het algemeen belang is gediend met het bevredigen van het rechtsgevoel en de emoties van de slachtoffers van de jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog en hun nabestaanden. Even begrijpelijk is het dat het hof in dit verband met name betekenis heeft gehecht aan de nagedachtenis van [betrokkene 1], die als joods onderduiker op zijn onderduikadres door [eiser] om het leven is gebracht.

Heeft [verweerster] gesuggereerd dat [eiser] bij het doden van [betrokkene 1] werd bewogen door de zucht naar geldelijk gewin?

3.11 De onderdelen 5-5.4 keren zich met motiveringsklachten tegen het door het hof gegeven oordeel in rov. 3.9 onder (a) dat [verweerster] niet heeft gesuggereerd dat [eiser] uit geldelijk gewin [betrokkene 1] om het leven heeft gebracht en dat deze zaak daarom in zoverre afwijkt van de zaak van het Paroolarrest welke om de beschuldiging van roofmoord ging. De onderdelen houden in de kern de klacht in dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat [verweerster] in wezen de suggestie van het Parool heeft herhaald dat [eiser] [betrokkene 1] om het leven heeft gebracht met als motief geldelijk gewin, waarbij de onderdelen met name wijzen op de volgende passage uit de open brief:

“Over de werkelijke motieven van [eiser] om die onderduiker om zeep te brengen ga ik niet speculeren. Ik kijk wel uit. Wel staat vast dat die onderduiker een klein fortuin aan geld bezat, dat hij dag en nacht bij zich droeg. Dat weet Uw Raad net zo goed als ik. Uw Raad weet eveneens net zo goed als ik dat [eiser] kort na de moord door getuigen is gesignaleerd met een grote hoeveelheid geld, dat eruit zag alsof het in het water had gelegen. Hij was, als ik me goed herinner, bezig de bankbiljetten te drogen te hangen. Maar over de werkelijke motieven van [eiser] ga ik niet speculeren. Ik kijk wel uit. Laten de lezers hun eigen conclusies maar trekken.”

3.12 De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij bestrijden niet het oordeel van het hof “dat er op zijn minst vraagtekens kunnen worden gezet bij de veronderstelling dat het doden van [betrokkene 1] een daad van verzet was, die noodzakelijk was ter bescherming van het leven van [eiser] en/of anderen” (rov. 3.6).

Het hof heeft dit oordeel op het volgende gebaseerd:

- [eiser] heeft in voormeld televisieprogramma de indruk gewekt dat het doden van [betrokkene 1] een daad van verzet was en dat dit objectief is komen vast

te staan, gelet op de “rehabilitatie” door de Grote Adviescommissie der Illegaliteit,

- van rehabilitatie van [eiser] is echter geen sprake,
- [verweerster] gaat terecht ervan uit – onder meer op grond van de inhoud van het strafvonnis van de rechtbank van 15 juni 1944, het gratieadvies van Minister Kolfschoten van 14 januari 1946, diens brief aan de Grote Adviescommissie der Illegaliteit, en de uitspraak van de Centrale Raad van 6 november 1997, later nog gevolgd door de uitspraak van de Raadskamer WBP van de PUR van 10 juni 2005 – dat openlijk vraagtekens gezet kunnen worden bij de bewering dat hier sprake was van een daad van verzet.

3.13 Mede tegen deze achtergrond heeft het hof een niet onbegrijpelijk oordeel gegeven door de geciteerde passage aldus te lezen dat [verweerster] daarin, overigens in prikkelende bewoordingen, heeft gesteld dat zij niet gelooft dat het doden van [betrokkene 1] door [eiser] een verzetsdaad is. Anders dan Middelburg in de publicaties die hebben geleid tot het Paroolarrest, heeft zij immers niet de beschuldiging uitgesproken dat [eiser] zich heeft schuldig gemaakt aan roofmoord, maar heeft zij zich ertoe beperkt vraagtekens te zetten bij de motieven die [eiser] in “Het uur van de Wolf” heeft gegeven voor zijn daad. Voorts is de open brief geen onderzoeksjournalistiek of pretendeert deze dat te zijn, maar gaat het om een opiniërende publicatie. Ook de omstandigheid dat de passage, op zichzelf gelezen, anders kan worden uitgelegd – namelijk aldus dat [verweerster] daarin in wezen de door Middelburg in Het Parool uitgesproken beschuldiging heeft herhaald dat [eiser] met het doden van [betrokkene 1] geen verzetsdaad heeft gepleegd, maar werd bewogen door de zucht naar geldelijk gewin – maakt het oordeel van het hof nog niet onbegrijpelijk. De onderdelen betogen voorts – terecht – niet dat voor de onderhavige uiting geen enkele feitelijke basis aanwezig was. Met zijn oordeel dat vraagtekens gezet kunnen worden bij de juistheid van de bewering dat hier sprake was van een daad van verzet, heeft het hof klaarblijkelijk gerefereerd aan rov. 9 van het vonnis van de rechtbank, waarin met name wordt aangehaald (i) dat niet eerst naar een ander onderduikadres voor [betrokkene 1] is gezocht, (ii) dat [eiser] op eigen naam het bootje heeft gehuurd waarmee het lijk is weggevoerd, (iii) dat hij na zijn aanhouding de naam heeft genoemd van degene die hem daarbij geholpen heeft, (iv) dat [eiser] vrijwel meteen na zijn aanhouding heeft verklaard dat het slachtoffer een ondergedoken jood was, en (v) dat hij niet consistent heeft verklaard over wat er is gebeurd met het geld van [betrokkene 1] (naar [verweerster] onweersproken heeft gesteld, heeft [eiser] in het kader van de pensioenprocedure erkend f 250,- te hebben gevonden in de bezittingen van [betrokkene 1] en zich dat geld te hebben toegeëigend).

In twijfel trekken van het verzetsverleden van [eiser]; grief ten onrechte niet besproken?

3.14 Onderdeel 6 betreft de suggestie die volgens [eiser] op diverse plaatsen in de open brief ligt besloten, dat te betwijfelen valt of hij wel enige verzetsactiviteit

heeft verricht. Volgens [eiser] is hij ook daardoor in zijn eer en goede naam aangetast. De rechtbank heeft dit betoog verworpen. Tegen dit oordeel heeft [eiser] in hoger beroep een grief gericht. Het hof heeft deze grief ten onrechte onbesproken gelaten, aldus nog steeds het onderdeel.

Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden omdat het feitelijke grondslag mist. Het hof heeft in rov. 3.8 immers onder meer als stelling van [eiser] aangehaald dat [verweerster] heeft herhaald dat hij ([eiser]) zich op een verzetsverleden zou "beroemen", en heeft hierover in rov. 3.9 geoordeeld dat [eiser] in "Het Uur van de Wolf" de indruk heeft gewekt dat het doden van [betrokkene 1] een verzetsdaad was, zodat het [verweerster] vrijstond hieraan te refereren. Daarop liet het hof volgen: "Meer heeft zij niet gedaan." Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat [verweerster] zich niet heeft uitgelaten over de vraag of [eiser] als verzetsdeelnemer viel aan te merken, maar zich heeft beperkt tot het uitspreken van twijfel over het verzetskarakter van het doden van [betrokkene 1]. Het hof heeft de onderhavige stelling van [eiser] dus niet onbesproken gelaten, maar verworpen.

Nog niet behandelde klachten

3.15 Ook voor zover de door het middel naar voren gebrachte klachten tot dusver niet zijn behandeld, falen zij. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;
veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 367,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheeren E.J. Numann, A. Hammerstein, F.B. Bakels en C.A. Streefkerk, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 18 januari 2008.

CONCLUSIE

Zaaknr. C06/161HR
Mr. Huydecoper
Zitting van 7 september 2007

Conclusie inzake

[Eiser]
eiser tot cassatie

tegen

[Verweester]
verweester in cassatie

Feiten¹ en procesverloop

1) De feiten die in deze zaak een rol spelen komen voor een aanzienlijk deel overeen met die, die aan de orde waren in HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (Het Parool/[eiser]).

- de eiser tot cassatie, [eiser], was in 1943 (als zeer jonge man) betrokken bij een dramatisch – en traumatisch – voorval. Daarbij heeft hij, [eiser], een onderduiker van joodse afkomst die op dat moment bij hem in huis verbleef, om het leven gebracht. [Eiser] is hiervoor destijds berecht en veroordeeld. Hij heeft ook een belangrijk deel van de hem destijds opgelegde straf uitgezeten. In 1946 is hem echter voor het nog resterende strafgedeelte gratie verleend, waarbij mede melding werd gemaakt van de “druk van het illegale werk” waarbij [eiser] betrokken zou zijn geweest. Bij het gratiebesluit is uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat er geen sprake was van rehabilitatie.
- Naar aanleiding van een interview uit 1989 waarin [eiser] onder meer over dit voorval uitspraken deed, zijn in Het Parool in 1990 artikelen verschenen waarin een wezenlijk andere toedracht werd aangegeven, en aan [eiser] een zeer negatieve rol in het gebeurde werd toegeschreven. Die publicaties hebben aanleiding gegeven tot de procedure waarin het hoger genoemde arrest werd gewezen. In die procedure werden de Parool-publicaties als onrechtmatig ten opzichte van [eiser] beoordeeld.
- In de jaren 1997-2006 zijn verschillende bestuursrechtelijke uitspraken gedaan naar aanleiding van een aanvraag van [eiser] om toekenning van een buitengewoon (verzets)pensioen. Die uitspraken bevestigen de weigering van het aangevraagde pensioen, waarbij (telkens) mede wordt overwogen dat niet blijkt/aannemelijk is dat het eerder bedoelde dramatische voorval als een “verzetsdaad” mag worden gekwalificeerd.
- In (december) 1997 is [eiser] in het televisieprogramma “Het uur van de Wolf” een interview afgenomen. Daarin is het voorval uit 1943 ter sprake gebracht. In dit programma zijn, mede door [eiser], uitspraken gedaan die ertoe strekken dat het hierbij om een daad van verzet ging, en dat [eiser] terzake gerehabiliteerd is.² Het programma is in mei 1998 herhaald.

1. Ontleend aan rov. 2.1 t/m 2.12 van het in cassatie bestreden arrest en rov. 1.a t/m 1.i van het vonnis in de eerste aanleg van 16 juli 2003.
2. Wat [eiser] daarbij heeft gezegd, wordt in rov. 2.8 van het bestreden arrest weergegeven. Bij de stukken bevindt zich een video-opname waarop dit gedeelte van de uitzending te zien is. Die opname is ook bij de pleidooien ten overstaan van het hof vertoond.

- De verweerster in cassatie, [verweerster], die journalist is, heeft in oktober 1998 een “column” naar aanleiding van het bedoelde interview aan het Algemeen Dagblad aangeboden. Het Algemeen Dagblad heeft, nadat de raadsman van [eiser] bezwaar had gemaakt, afgezien van publicatie. In november 1998 heeft [verweerster] vervolgens een “Open Brief” gericht aan de Hoge Raad, en die tegelijk (zoals de aanduiding ook al suggereerde) aan een aantal dagbladen gestuurd, en via haar “website” toegankelijk gemaakt. De tekst van deze open brief wordt in rov. 2.10 van het bestreden arrest weergegeven. In die brief wordt, onder meer, in krachtige en prikkelende bewoordingen, kritiek uitgesproken op het arrest van de Hoge Raad in de zaak Het Parool/[eiser], en in zo mogelijk nog krachtiger bewoordingen aangegeven dat [verweerster] de van de kant van [eiser] gepresenteerde zienswijze op het voorval in 1943 en de gebeurtenissen daaromheen, ongeloofwaardig of minstgenomen voor ernstige twijfel vatbaar acht. De open brief heeft op verschillende manieren aandacht gekregen in “de media”.

2) [Eiser] heeft vervolgens de onderhavige procedure in gang gezet.³ Daarin neemt hij het standpunt in dat de publicatie van [verweerster]s “Open Brief” te zijnen opzichte onrechtmatig is. Daaraan worden een aantal vorderingen verbonden. De rechtbank oordeelde echter dat het aan [verweerster] verweten handelen niet als onrechtmatig ten opzichte van [eiser] kon worden aangemerkt; en in hoger beroep kwam het hof eveneens tot dat oordeel, op gronden die nuanceverschillen vertonen ten opzichte van het oordeel in de eerste aanleg, maar daar overigens vergaand mee overeenstemmen.⁴

3) Namens [eiser] is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld.⁵ [Verweerster] is in cassatie verschenen, en heeft tot verwerping laten concluderen. De zaak is van weerszijden – “ampel”⁶ – schriftelijk toegelicht. Van de kant van [verweerster] is gedupliceerd.

Iets over de juridische vragen waar dit conflict over gaat

4) Het gaat in deze zaak om een probleem dat al vele malen en in tal van varianten aan de orde is geweest. Ik benoem dat probleem, met enige vergroving, als: de (juiste) balans tussen het recht op eerbiediging van zijn privéleven en goede

3. [Eiser] heeft ook een klacht ingediend bij de Raad voor de Journalistiek. Daarin is hij echter niet-ontvankelijk verklaard omdat, volgens deze Raad, er geen sprake was van een “journalistieke gedraging” in de zin van het toepasselijke (tucht)reglement.

4. Bij uitspraak van 21 oktober 1998 heeft de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens Het Parool niet-ontvankelijk verklaard in zijn klacht, gebaseerd op de artt. 6 en 10 EVRM, tegen de uitspraak van de Hoge Raad van 6 januari 1995. Zie: ECRM 21 oktober 1998, no. 28202/95, Mediaforum 1999-I, p. 24 e.v.

5. Het bestreden arrest is van 9 maart 2006. De cassatiedagvaarding werd op 2 juni 2006 uitgebracht.

6. Men begrijpe mij niet verkeerd. Ik beoordeel deze schriftelijke toelichtingen als van uitzonderlijke kwaliteit. Zij zijn mij bij de bestudering van deze zaak tot onschatbare steun geweest.

naam,⁷ aan de ene kant; en het recht van “uitingsvrijheid”, aan de andere kant. De beide met elkaar in balans te brengen gegevens betreffen maatschappelijk hoog te schatten en zwaar te wegen belangen dan wel rechtsgoederen. Beide kunnen aanspraak maken op bescherming uit hoofde van specifiek daarop gerichte bepalingen van het EVRM, in de artikelen 8 en 10, en van de Grondwet, in art. 7 en 10 (in beide regelingen in een omgekeerde volgorde, waaraan echter geen betekenis voor de waardering van de desbetreffende rechten mag worden toegekend).

5) Over deze balans bestaat (dan ook) een omvangrijke rechtspraak van het EHRM en van nationale rechters.

Dat verbaast natuurlijk niet: als iemand op enigszins controversiële wijze gebruik maakt van zijn uitingstvrijheid,⁸ is er een aanzienlijke kans dat hij daarbij anderen op de tenen trapt, of zelfs: op de ziel. Het is te begrijpen dat lang niet iedereen dat over zijn kant laat gaan, en dat de vraag hoe ver de uitingstvrijheid met het oog op de gevoelens, de privacy en de reputatie van anderen mag gaan, dus vrij vaak ter discussie wordt gesteld.⁹

6) De rechtspraak laat zien dat er een aanzienlijk scala bestaat aan wegingsfactoren die van belang (kunnen) zijn voor de vraag, hoe de balans waar het hier om gaat moet worden gevonden. Ik noem een aantal voorbeelden (uiteraard: omdat ik meen dat daarbij wegingsfactoren worden gesignaleerd die in de onderhavige zaak een rol (kunnen) spelen):¹⁰

7. Zie over de verhouding tussen beide in het verband van art. 8 EVRM bijvoorbeeld De Boer, Preadvies NJV 1990 p. 35 (par. 8.3.4); Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Iosbl.), Wildhaber, art. 8, rdnr. 128; Velaers, De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting Deel I, 1991, par. 311 (met verdere vindplaatsen in voetnoot 364).
8. In een vaak herhaalde overweging van het EHRM wordt gesteld dat art. 10 EVRM zich mede uitstrekt tot “information” en “ideas” die de Staat dan wel enig deel van het publiek kwetsen, schockeren of verontrusten (“offend, shock or disturb”; als voorbeeld uit vele noem ik EHRM 25 januari 2007, RvdW 2007, 452, rov. 26). Om voor de hand liggende redenen betreffen geschillen over de uitingstvrijheid vrijwel altijd uitingen die aan deze kwalificaties beantwoorden: “onschuldige” publicaties zullen zelden of nooit tot conflict aanleiding geven. Zoals eens in een Amerikaans tijdschrift werd gezegd (ik citeer “uit het geheugen”, en dus vermoedelijk niet nauwkeurig): “The First Amendment is not there to protect you when you are speaking on behalf of the Mothers Against Drunk Drivers-Committee. It is there to protect you when everyone, including the Congress, is ganging up against you”.
9. Al kan men bij het doorbladeren van willekeurige publicaties vaststellen dat daar heel wat in wordt geuit, dat anderen ongetwijfeld ten eerste moet ergeren (of erger). Er wordt, als men dat nagaat, maar bij betrekkelijk zeldzame uitzondering “werk gemaakt” van gevallen waarin de hier bedoelde belangen fors met elkaar in aanraking komen.
10. In rov. 3.3 van het in deze zaak in cassatie bestreden arrest geeft het hof een samenvatting van als relevant aan te merken omstandigheden. Daarin is ogenschijnlijk aansluiting gezocht bij HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, rov. 3.4 – dit op het voetspoor van het partijdebat, waarin bij herhaling naar de in dit arrest aangehaalde omstandigheden is verwezen. (Z.O.Z.)
De in dat arrest van de Hoge Raad beoordeelde casus verschilde echter vrij aanzienlijk van de casus die in deze zaak ter beoordeling staat. Dat heeft, zoals voor de hand ligt, zijn weerslag gehad op de omstandigheden die in de aangehaalde rechtsoverweging van de Hoge Raad naar voren worden gehaald. Zonder de waarde van het precedent waar het hof zich op heeft georiënteerd te miskennen, meende ik er goed aan te doen een selectie van in de rechtspraak gesignaleerde wegingsfactoren/omstandigheden te maken die toegesneden is op de casus van de onderhavige zaak. Zie ook Schuijt in Asscher c.s., Informatierecht, 2000, p. 360.

- a) Naarmate het gaat om louter privé-aangelegenheden van een privé-persoon, moet de eerbiediging van het privé-leven in de regel voorrang krijgen.¹¹ Omgekeerd kan aan de uitingsvrijheid voorrang toekomen, ook als het gaat om uiterst gevoelige privé-gegevens, wanneer de betrokkenen in het centrum van politieke en/of historische belangstelling staan.¹² Tussen de zojuist genoemde uitersten verloopt een glijdende schaal, waarop aan de “publieke” status van de desbetreffende persoon als rechtvaardiging om zich (krachtige) uitspraken te veroorloven, gaandeweg minder, dan wel méér gewicht toekomt.¹³ Soms brengt iemands “publieke” rol juist mee dat hij aanspraak mag maken op zorgvuldiger bejegening – dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het gaat om de rechterlijke macht.¹⁴ Het kan ook zo zijn dat de (publieke) rol of hoedanigheid van degenen die zich op uitingsvrijheid beroept, meebrengt dat die bij zijn uitingen bepaalde (bijzondere) gedragsnormen in acht moet nemen.¹⁵ De mate waarin de in een uiting ter sprake gebrachte persoon (of instelling) zelf zich zo heeft opgesteld dat met (krachtige) reacties rekening viel te houden, legt hierbij het nodige gewicht in de schaal.¹⁶
- b) Wanneer gegevens worden gepresenteerd als feit, en a fortiori als daarbij een zekere mate van autoriteit wordt gesuggereerd,¹⁷ is een aanzienlijk grotere mate van zorgvuldigheid vereist dan wanneer het gaat om waardeoordelen;¹⁸ al geldt ook voor de laatstgenoemde dat een zeker minimum aan feitelijke ondersteuning noodzakelijk kan zijn, wil men die “verantwoord” kunnen uiten.¹⁹
- c) Toonzetting en (ongelukkige) woordkeus kunnen een uiting excessief doen zijn;²⁰ maar in het algemeen moet binnen de uitingsvrijheid ruimte worden

11. EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22, rov. 61 - 78 (Von Hannover/Duitsland); HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 m.nt. CJHB, rov. 3.4.1 en 3.6 (vierde subaline) (Lage Landen/Borbon-Parma).

12. EHRM 18 mei 2004, NJ 2005, 401 m.nt. EJD, rov. 51 - 53 (medische gegevens wijlen President Mitlerand).

13. Voorbeelden ontleen ik aan EHRM 6 februari 2001, NJ 2002, 158 m.nt. EJD, rov. 65 - 68; EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 m.nt. EJD, rov. 50 - 51; en, uiteraard, HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 m.nt. EJD, rov. 5.12.1 - 5.12.3 (Het Parool/[eiser]).

14. EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 220, rov. 29 sub ii; EHRM 26 april 1995, NJ 1996, 497 m.nt. EJD, rov. 34 (maar zie ook de meeslepende “dissenting opinion” van Martens, alinea’s 6 - 9).

15. EHRM 30 november 2006, NJ 2007, 368 m.nt. EJD, rov. 51 en 53 (betreffende een advocaat – verdere verwijzingen aldaar); EHRM 25 november 1999, NJ 2001, 63 m.nt. EJD, rov. 44 (gekozen vertegenwoordigers van een belangenorganisatie beschikken over een zeer ruime marge om zich in het belang van de organisatie uit te spreken). Het EHRM heeft ook meer dan eens geoordeeld dat journalisten gehouden zijn, de normen van beroepsethiek te respecteren (EHRM 21 september 2006, RvdW 2006, 1134, rov. 65 - 68 en bijvoorbeeld EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 78 - verdere verwijzingen aldaar).

16. EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 m.nt. EJD, rov. 61 (slot); EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 m.nt. EAA, rov. 43.

17. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803 m.nt. CJHB, rov. 3.4 en 3.5.

18. HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361 m.nt. EJD, rov. 3.5.

19. EHRM 30 november 2006, NJ 2007, 368 m.nt. EJD, rov. 55; EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 76.

20. EHRM 6 februari 2001, NJ 2002, 158 m.nt. EJD, rov. 66 en 67; EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 28871/95, rov. 71 - 74.

gelaten voor enige overdrijving en provocatie.²¹ Het medium dat voor de aangevochten uiting is toegepast legt gewicht in de schaal: sommige media worden als “indringender” aangemerkt dan andere.²²

Uitingen die klaarblijkelijk als karikaturaal, satirisch of humoristisch zijn bedoeld (en door het publiek zo worden begrepen), zullen minder gauw als excessief worden gewaardeerd.²³

Vermoedelijk speelt ook de (geobjectiveerde?) bedoeling van degenen die zich op uitingsvrijheid beroept hier een rol: uitingen die er (vooral) op gericht zijn een ander te kwetsen of anderszins te “beschadigen” zijn (aanmerkelijk) sneller als excessief te waarden dan uitingen waarbij op zichzelf honorabele bedoelingen op de voorgrond staan.²⁴

- d) In aansluiting op de onder b) en c) genoemde gegevens: zoals voor de hand ligt speelt een belangrijke rol, welke de aard is van de mededelingen die in een uiting met betrekking tot een ander worden gedaan, en welke gevolgen daarvan voor de betrokkene te verwachten zijn; en ook, de mate waarin voor de gedane mededelingen steun bestaat in voorhanden feitenmateriaal, en de mate waarin (deugdelijk) is onderzocht, in hoeverre daarvoor steun bestond²⁵ – waarbij overigens geldt dat uitingen niet al daarom ongeoorloofd zijn, omdat de juistheid daarvan niet vast staat.²⁶ Hierbij kan weer een rol spelen, in hoeverre de betrokkene zelf onderzoek van het gestelde heeft bemoeilijkt of juist gefaciliteerd.²⁷

In de hier bedoelde rubriek – de aard van de gedane mededeling – valt er ook op te wijzen dat op de persoon gerichte kritiek (hoezeer die vaak ook als “waardeoordeel” valt te kwalificeren) eerder als buitensporig wordt aange-

21. EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 220, rov. 31; EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 71 (slot); EHRM 26 februari 2002, zaaknr. 29271/95, rov. 52; EHRM 25 november 1999, NJ 2001, 63 m.nt. EJD, rov. 52.
22. EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 79; EHRM 23 september 1994, NJ 1995, 387 m.nt. EJD, rov. 31; HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803 m.nt. CJHB, rov. 3.5.
23. Uitgelachen worden moet men eerder aanvaarden, dan belasterd of beledigd worden; EHRM 25 januari 2007, RvdW 2007, 452, rov. 33; EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 221, rov. 51; noot Dommering bij NJ 2007, 25 (alinea 4) en bij NJ 1992, 456, alinea 6a, met verdere verwijzingen.
24. Zie de noot van Dommering onder NJ 2007, 368, alinea 9, met verdere verwijzingen; dissenting opinion Martens bij EHRM 26 april 1995, NJ 1996, 497 m.nt. EJD, alinea 15.
Dat de uiting door commerciële bedoelingen wordt ingegeven of ondersteund, speelt hier een weinig duidelijke rol, zie bijvoorbeeld EHRM 11 december 2003, zaaknr. 39069/97 (Krone Verlag) en EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (Barthold); maar dat geval is in deze zaak niet aan de orde. Dat laat ik dus verder buiten beschouwing.
25. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, rov. 3.4 (i.h.b. sub a, c en d); zie voor de ernst van de geuite beschuldiging en de gevolgen daarvan, en de uitwerking die dat heeft op de “onderzoeksplicht” bijvoorbeeld ook EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 78; of EHRM 29 juni 2004, zaaknr. 64915/01, rov. 77.
26. EHRM 28 september 1999, zaaknr. 28114/95, rov. 49 en 50. Zie ook EHRM 19 september 2006, RvdW 2006, 1133, rov. 21 - 23; Bij uitingen die louter als “waardeoordeel” zijn aan te merken kan het intussen, in bepaalde omstandigheden, als excessief worden aangemerkt om van degene die die uitingen doet “bewijs” voor het ingenomen standpunt te verlangen, EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 m.nt. EJD, rov. 63; EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 m.nt. EAA, rov. 46.
27. EHRM 30 november 2006, NJ 2007, 368 m.nt. EJD, rov. 56 - 60.

merkt dan op “de zaak” (dus op opvattingen, handelingen of beleid) gerichte kritiek.²⁸

- e) Datgene wat aanleiding vormde voor de in geding zijnde uiting is vanzelfsprekend van belang. De marge voor uitingen die gericht zijn tegen “misstanden” is ruim; maar ook voor andere onderwerpen van publiek belang is de marge ruimer, dan wanneer een dergelijk belang ontbreekt of van beperkte betekenis is.²⁹

7) Men moet niet willen pretenderen, eens en vooral houvast te (kunnen) bieden als het gaat om de waardering van zo’n scala aan uiteenlopende, en ook zeer verschillend geaarde factoren.³⁰ Men kan wel vaststellen dat bepaalde categorieën van factoren geregeld, in verschillende varianten, terugkeren. Een daarvan is de “zwaarte” van de aanspraak op privacy/reputatiebescherming, die kan variëren naar gelang van de (meer of minder “publieke” dan wel politieke) positie van de betrokkene en de belangen die daarbij in het geding zijn. Een tweede is de “zwaarte” van de op de privacy/reputatie gerichte aantasting, beoordeeld in zijn context. Daarbij ziet men variaties tussen stellige beschuldigingen van ernstige feiten aan de ene kant, via ironische of gekscherende meningsuitingen (waardeoordelen), naar geheel onschuldige (maar mogelijk wel als hinderlijk ervaren) “trivialia” omtrent het dagelijks leven van de betrokkene, aan de andere kant. Hier speelt ook de omvang en de indringendheid van de bij de aantasting toegepaste onderzoeks- en verspreidingsmethoden een belangrijke rol. Als derde relevante categorie noem ik de motieven die de aantasting (al dan niet) legitimeren. Ook die geven een waaier aan varianten te zien: persoonlijke animositeit, commerciële of politieke wedijver, financiële belangen overigens, tegenover journalistiek dan wel (anderszins) ideëel gemotiveerde gedrevenheid bij het volgen en kritisch becomingentariëren van als relevant aan te merken maatschappelijke verschijnselen (of zelfs: misstanden) – om slechts enkele voor de hand liggende voorbeelden te noemen.

8) Het zal (misschien) zijn opgevallen dat ik bij de gegevens die ik hiervóór de revue heb laten passeren, niet expliciet (de vraag) heb vermeld of het verschil zou maken of de aantastingen van de privacy of reputatie waarover geschil is ontstaan, hebben plaatsgevonden in “de pers”, dan wel in ander verband – hoewel die vraag wel de inzet vormt van een van de cassatieklachten.

De bronnen die voor die vraag van belang zijn, zijn niet helemaal eenduidig. Aan de ene kant is het zo dat in veel arresten van het EHRM is benadrukt dat aan de pers in de democratische samenleving een bijzondere plaats en functie toe-

28. EHRM 28 september 2000, zaaknr. 37698/97, rov. 31 - 35.

29. EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 71; EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22, rov. 63 (Von Hannover/Duitsland); EHRM 6 februari 2001, NJ 2002, 158 m.nt. EJD, rov. 68; HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, rov. 3.4 (i.h.b. sub b).

30. “Volledigheidshalve” zeg ik iets wat eigenlijk voor zich spreekt: de door mij samengestelde greep uit in de rechtsleer gesignaleerde factoren is allerminst volledig. Ik heb mij, zoals ik al aangaf, vooral gericht op factoren die relevantie hebben in verband met de onderhavige zaak.

komt – waarop argumenten zijn gebaseerd waaraan in de hier te onderzoeken afweging gewicht in het voordeel van de uitingsvrijheid toekomt,³¹ maar soms ook argumenten die gewicht in de schaal leggen ten voordele van de privacy-bescherming.³²

Daartegenover staat dat het EHRM ook bij herhaling heeft aangegeven dat andere bronnen van publieke meningsuitingen een (min of meer) vergelijkbare plaats innemen.³³

9) Relevant lijkt mij dan vooral de gedachte die aan de zojuist aangewezen overwegingen (vermoedelijk) ten grondslag ligt: de gedachte van de voor het democratische bestel zo wezenlijke functie van “bewaking” (“watchdog”) en controle, die vooral door de pers wordt vervuld, en tevens de functie van publiek platform voor meningsuiting en discussie. Het zijn immers die functies die bij de uitleg van art 10 EVRM telkens weer op de voorgrond worden gesteld (en waarbij de pers inderdaad een voorname rol speelt).

Maar terwijl het ongetwijfeld zo is dat de rol van de pers bij de bedoelde functies van cruciaal belang is, worden die functies óók – zij het misschien op wat beperktere schaal – vervuld door andere bronnen van publieke meningsuiting. De gevallen die het EHRM in de aangehaalde zaken beoordeelt dan wel aanhaalt – kunstuitingen, boeken, andere gedrukte media dan “persorganen” – horen in die categorie thuis, maar ook de (anonieme) “klokkenluider” of de inmiddels wat minder prominent tegenwoordige verspreiders van schot- en vlugschriften (die in vroeger eeuwen een veel belangrijker rol bij het kritisch “volgen” van “het gezag” hebben gespeeld). Vandaag de dag neemt de digitale informatievervalsing via internet e.d. natuurlijk in dit opzicht een plaats in die snel in belang toeneemt.

Ik begrijp de voor meerderlei uitleg vatbare overwegingen van het EHRM in verband met de rol van de pers zo, dat alle (bronnen van) uitingsvarianten die bij (kunnen) dragen aan de democratische meningsvorming, het maatschappelijk debat en de lopende kritiek over maatschappelijk relevante onderwerpen, tot “de pers” mogen worden gerekend of, tenminste, op dezelfde voet voor bescherming door art. 10 EVRM in aanmerking komen; en dat het dus niet zo is dat er een specifiek instituut van “de pers” bestaat dat op grond van die status (alléén), in aanmerking komt voor een bescherming van een andere orde, dan de buiten dat instituut te plaatsen bronnen van relevante informatie.³⁴ Dat brengt mij ertoe te stellen, dat het al-dan-niet behoren tot de georganiseerde en als zodanig erkende

31. Als voorbeelden temidden van vele: EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 71; EHRM 26 februari 2002, zaaknr. 29271/95, rov. 40 en 41.

32. Ik wijs bijvoorbeeld op de argumenten betreffende de journalistieke ethiek, zie voetnoot 15.

33. EHRM 25 januari 2007, RvdW 2007, 452, rov. 26 (“Those who create, perform, distribute or exhibit works of art”); EHRM 6 april 2006, RvdW 2006, 568, rov. 57 (“journalists and the public at large...”); EHRM 29 juni 2004, zaaknr. 64915/01, rov. 68 (“books or other written materials that have been or are due to be published...”); EHRM 18 mei 2004, NJ 2005, 401 m.nt. EJD, rov. 43 (“books or pieces of writing other than those which are to be published or have been published, in the periodical press...”)

34. Zie daarvoor ook EHRM 27 mei 2004, zaaknr. 57829/00, rov. 42 (betreffende uitingen van een milieu-organisatie).

“pers” niet een factor is die, als het gaat om de door art. 10 EVRM geboden uitingsvrijheid, een bijzonder gewicht in de schaal legt^{35,36}

10) Ik keer terug tot de in alinea's 6 en 7 hiervóór genoemde gegevens. Daarvoor geldt (en voor de wegingsfactoren die bij de daar gemaakte tour d'horizon niet aan bod kwamen geldt ongetwijfeld ook), dat die in een grote verscheidenheid aan vormen en nuances, beïnvloed door een groot aantal bijkomende omstandigheden van eveneens wisselend gewicht, (kunnen) voorkomen.

Het ligt dan ook bepaald voor de hand dat de in alinea 4 hiervóór aangeduide balans moet worden gevonden door waardering van alle relevante omstandigheden, en afweging van de gevonden factoren tegen elkaar. Het ligt ook voor de hand dat het vinden van deze balans in (sterk) overwegende mate door feitelijke waarderingen wordt bepaald. Dat geldt dan zowel voor de selectie en taxatie van de individuele wegingsfactoren, als voor de daarna te maken stap: de weging van de verkregen gegevens tegen elkaar, en het trekken van de conclusie.

Ik misken niet dat daarbij ook normatieve beoordeling aan bod komt. Dat geldt bijvoorbeeld voor een van de “centrale” gegevens: het gewicht dat men wil toekennen aan de “persvrijheid” en aan het recht op eerbiediging van privacy en goede naam, als hoogwaardige en op prioriteit aanspraak makende belangen. Een zeer groot deel van de in de beoordeling te betrekken gegevens is echter van (overwegend) feitelijke aard.

Zowel in de rechtspraak van het EHRM als in die van de Hoge Raad³⁷ is dan ook benadrukt dat hier oordelen aan de orde zijn waarin (zoals het EHRM het uitdrukt) de “margin of appreciation” van de nationale autoriteiten aanzienlijk is,³⁸ of, zoals de Hoge Raad het formuleert, de uitkomst in belangrijke mate verweven is met waarderingen van feitelijke aard.³⁹

35. Anders: EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.) (Heringa/Gerards), 3.10, Vrijheid van meningsuiting, p. 70.

36. Dat is vermoedelijk anders als het gaat om een beroep op het “verschoningsrecht” van journalisten waarover in EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD werd geoordeeld; en dat zou ook anders kunnen zijn als het gaat om de beroepsethiek voor journalisten, waaraan in de in voetnoot 15 aangehaalde beslissingen betekenis werd toegekend: in die gevallen lijkt het mij nodig om een onderscheid te maken tussen “echte” professionele journalisten en degenen die niet als zodanig kunnen worden aangemerkt; en daarmee, tot op zekere hoogte, ook tussen de “officiële” pers en niet daartoe te rekenen gegevens. Zie hierover ook Boukema, RMTh 2007, p. 33 - 34, met verdere verwijzingen. Ik veroorloof mij verder aan deze problemen voorbij te gaan, nu die voor deze zaak er niet toe doen.

37. Ik meen overigens dat het EHRM voor zichzelf een bredere marge voor (her)waardering van feitelijke bevindingen inruimt, dan de Nederlandse wet de Hoge Raad biedt – zie bijvoorbeeld de conclusie voor HR 9 december 2005, NJ 2006, 205 m.nt. S.F. Wortmann, i.h.b. in alinea's 18 en 19; zie ook EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.) (Heringa/Gerards), 3.10, Vrijheid van meningsuiting, p. 66 - 67. In alinea 34 (en 39) hierna zal ik erop uitkomen dat de weging van feitelijke omstandigheden die het hof in deze zaak gemaakt heeft, in cassatie gerespecteerd zou moeten worden; mij er wel van bewust dat daarbij de voor cassatie geldende beoordelingsmaatstaf wordt aanbevolen, terwijl denkbaar is dat de beoordelingsmarge in “Straatsburg” méér ruimte laat.

38. EHRM 19 september 2006, RvdW 2006, 1133, rov. 30; EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 369 m.nt. EJD, rov. 76; EHRM 26 april 1995, NJ 1996, 497 m.nt. EJD, rov. 36.

39. HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 m.nt. EJD, rov. 5.8.3.3; HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 346 m.nt. CJHB, rov. 3.3; HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 m.nt. DWFV, rov. 3.6 (zie ook alinea 3 van de noot); HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554, rov. 3.3; HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 m.nt. CJHB, rov. 3.3. →

11) Van de kant van [eiser] wordt echter verdedigd – in onderdeel 7 van het middel – dat de weging die de rechter met het oog op de in alinea 4 hiervóór aangeduide balans moet maken, niet plaats moet vinden langs de weg die het hof volgens mij in het bestreden arrest heeft gevolgd – kort gezegd: selectie en waardering van alle relevante gegevens, en weging daarvan met het oog op de vaststelling, welke van de beide met elkaar in balans te brengen (fundamentele) rechten hier als doorslaggevend heeft te gelden. Er zou daarentegen ook nog een (dubbele) toetsing moeten plaatsvinden, zowel aan het noodzakelijkheids criterium van art. 8 lid 2 EVRM als – uiteraard: in ander verband – aan dat van art. 10 lid 2 EVRM. Namens [eiser] is gewezen op bronnen die deze zienswijze zouden ondersteunen; waaronder het arrest van de Hoge Raad in de zaak Het Parool/ [eiser] dat ik al een aantal malen noemde.⁴⁰

12) Ik heb getracht mij een voorstelling te maken van hoe de hier voor mogelijk (of zelfs: voor noodzakelijk) gehouden dubbele toetsing in zijn werk zou moeten gaan; maar ik ben daar niet in geslaagd. Ik stuit op de volgende problemen:

- a) Ten eerste: de beoordeling of een uiting waardoor inbreuk op andermans recht op eerbiediging van zijn privéleven of reputatie is gemaakt (wel of niet) als geoorloofd moet worden aangemerkt, moet plaatsvinden door waardering en weging van alle relevante omstandigheden. Dat blijkt uit de hoger aangehaalde rechtsbronnen, maar het dringt zich, zoals ik al terloops opmerkte, ook op als (in hoge mate) logisch, zo niet onvermijdelijk.

Die omstandigheden (waarvan een bloemlezing in alinea's 6 en 7 hiervóór de revue passeerde) hebben alle betrekking op de vraag, welk gewicht er in die omstandigheden toekomt aan de beide in het gegeven geval botsende fundamentele rechten dan wel hoogwaardige belangen.⁴¹ Uit de daaraan verbonden waarderingen vloeit tenslotte, bij wege van optelling/afrekking van de “gewogen” omstandigheden, voort dat aan het ene recht dan wel aan het andere doorslaggevend gewicht moet worden toegekend – en dat het minder zwaarwegende recht dus voor het andere moet wijken.

Dat er een (smalle) marge is voor zelfstandige normatieve toetsing door de Hoge Raad blijkt bijvoorbeeld uit HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. EAA, rov. 4.6, 1e subalinea – maar rov. 4.7 verwijst weer naar de “hoofdregeel”. Zie ook Onrechtmatige Daad (losbl.) VII, Schuijt, aant. 21; Asser-Hartkamp III, 2006, nr. 239.

40. HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 m.nt. EJD, waarbij wordt verwezen naar rov. 5.10 - 5.12.3. (Het arrest werd eerder aangehaald in alinea 1 en in voetnoten 32 en 39.) Tot de aangehaalde bronnen horen: A. Nieuwenhuis, Het EHRM en het belang van het publiek (in “Van ontvanger naar zender”, bundel-De Meij, 2003), p. 269 e.v.; de noot van Dommering onder NJ 1995, 422, alinea 4; mogelijk ook: Dupont, in Grosheide (red.), Hoofdstukken Communicatie- en Mediarecht, 2000, p. 348 - 349. Van na de door partijen aangehaalde publicaties is nog te vermelden: Klachten over mediapublicaties, katern in Mediaforum 2007 nr. 5, p. v, rechter kolom.

Ik ben er niet zeker van of ik Groen, Preadvies, Handelingen NJV 1995-I, i.h.b. p. 172, tot de aanhangers van de hier bedoelde gedachte moet rekenen; zie ook de interventie van Martens, Handelingen NJV 1995-II, p. 8 (sprekend over “de Straatsburgse toets”).

41. Ik zal hierna omwille van de beknoptheid spreken van “rechten” (of “recht”), ter vermindering van (herhaling van) de wat omslachtige formulering: fundamentele rechten dan wel hoogwaardige belangen.

Daarna nog eens – aan de hand van dezelfde wegingsfactoren, naar wij moeten aannemen⁴² – gaan beoordelen of de gevonden uitkomst te verenigen is met de maatstaf dat de inbreuk op het recht dat voor het andere moest wijken beantwoordt aan het noodzakelijkheidsvereiste, heeft alleen dan zin als men rekening moet houden met een negatieve uitkomst. Eenvoudiger gezegd: deze extra toets heeft géén zin als er niet uit zou kunnen blijken dat het lichter bevonden recht tóch niet voor het zwaarder bevonden recht hoeft te wijken. Wij moeten, in de hier besproken hypothese, dus rekening houden met de mogelijkheid dat, als de drempel van het “noodzakelijkheidsvereiste” niet wordt gehaald, het zwaarder wegende recht niet voorgaat boven het lichter wegende. Een noodzakelijke consequentie daarvan is, dat het zwaarder wegende recht niet wordt gerespecteerd: daaraan wordt immers in deze hypothese geen voorrang verleend – en daarmee wordt onvermijdelijkerwijs op dat recht inbreuk gemaakt.

Deze inbreuk zou nu op zijn beurt moeten worden getoetst aan het (spiegelbeeldige) noodzakelijkheidsvereiste. En daar bevindt zich, denk ik, een onoverkomelijke barrière. Ik kan mij geen gevallen voorstellen waarin het terzijde stellen van – en daarmee: het inbreuk maken op – het zwaarder wegende (fundamentele) recht, op de grond dat in verband met het lichter wegende recht niet aan de “noodzakelijkheidstoets” zou zijn voldaan, gerechtvaardigd kan worden met het oog op de “noodzakelijkheidstoets” waaraan voor het maken van inbreuk op het eerstbedoelde recht óók voldaan moet zijn.

- b) De oorzaak voor de zojuist onder a) beschreven ongerijmdheid lijkt mij deze: de gedachte dat men tussen twee botsende fundamentele rechten door weging (van alle omstandigheden) de voorrang moet vaststellen, maar daarna toch nog eens zou moeten beoordelen of de inbreuk op het recht dat dan als lichtste uit de bus komt wel aan het noodzakelijkheidsvereiste beantwoordt, kan alleen berusten op de (onuitgesproken) premisse, dat enkel het zwaardere gewicht van het ene recht niet altijd meebrengt dat het andere, daarmee conflicterende recht moet wijken. Aan een dergelijke premisse moet de gedachte ten grondslag liggen dat aan (sommige) fundamentele rechten een “in beginsel”-voorrang toekomt, ook wanneer er aan andere, daarmee botsende (fundamentele) rechten méér gewicht toekomt (maar nog juist niet voldoende gewicht om aan het noodzakelijkheidsvereiste te voldoen). Deze gedachte – een “in-beginsel”-voorrang van (sommige) fundamentele rechten boven andere, is zowel in de rechtspraak van het EHRM als in die van de Hoge Raad in verschillende varianten van de hand geweest.⁴³ Die gedachte leidt ook, zoals

42. Ook bij deze weging, aangenomen dat die moet plaatsvinden, is immers beoordeling aan de hand van alle relevante omstandigheden aangewezen.

43. EHRM 29 juni 2004, zaaknr. 64915/01, rov. 70; EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22, rov. 57 - 79; HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473, rov. 3.5; HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554, rov. 3.2; HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361, rov. 3.5 (zie ook alinea 2 van de noot van Brunner). Interessante beschouwingen over “voorrang” tussen fundamentele rechten in het algemeen bij Alkema, Preadvies, Handelingen NJV 1995-I p. 68 e.v.
(§ 3.5). Zie ook Barendt, *Freedom of Speech*, 2005, p. 225 - 226 en 245.

onder a) hiervóór gedemonstreerd, tot onwezenlijke uitkomsten: het ene (fundamentele) recht, hoewel zwaarder wegend, wordt niet gehonoreerd (en dus geschonden), met het oog op een ander (fundamenteel) recht dat in de gegeven omstandigheden minder zwaar weegt maar tóch voorrang krijgt. Dat lijkt een dwaze uitkomst.⁴⁴

- c) Wanneer men de hier bestreden redenering verder vervolgt, door inderdaad bij botsing van twee fundamentele rechten aan beide zijden toetsing aan het “noodzakelijkheidsvereiste” voor nodig (en dus voor mogelijk) te houden (met, als gezegd, de onuitgesproken premisse dat die toetsing ertoe kan leiden dat aan het zwaarder wegende recht toch geen voorrang wordt gegeven), kan men bij uitkomsten belanden die ik nog wat merkwaardiger zou vinden. Daarbij ga ik dan uit van de – naar ik meen: alleszins plausibele – hypothese dat de weging die wij hier onderzoeken, meer dan eens een zeer subtiële is, waarbij het gewicht in de schaal aan de ene zijde slechts marginaal blijkt te verschillen van dat aan de andere zijde.

In die gevallen moet men (op het voetspoor van de hier bestreden gedachtegang) vermoedelijk aannemen dat het geringe overwicht van belangen noch aan de ene kant noch aan de andere kant kan opleveren dat aan het “noodzakelijkheidvereiste” wordt voldaan. Voor zulke “subtiële” gevallen kan daarom op de voorhand van onderzoek en weging worden afgezien: als het resultaat de drempel van de tweede toets aan weerszijden niet kan overschrijden, kan men ook aan de eerste weging net zo goed voorbijgaan. De gevallen uit deze categorie (die mij, als gezegd, vrij talrijk toeschijnen) moeten dan – jammer genoeg – als “onoplosbaar” uit de rechtszaal worden geweerd.

13) Anders dan door, onder andere, Dommering wordt verdedigd, meen ik ook dat de Hoge Raad in het arrest Het Parool/[eiser], niet voor de hier bestreden leer heeft gekozen. In dit arrest wordt inderdaad twee maal onderzocht hoe de van de rechter gevraagde toetsing moet plaatsvinden – maar dat gebeurt volgens mij niet omdat er inderdaad in twee “étappes” getoetst moet worden, maar omdat de cassatiemiddelen de vraag tweemaal, in een telkens iets andere context, aan de orde stelden – daarmee ook twee niet geheel gelijkvormige overwegingen over de desbetreffende beoordeling uitlokkend. Het gaat intussen in beide gevallen wel degelijk om één toetsing, te maken aan de hand van waardering en onderlinge afweging van alle relevante omstandigheden van het te onderzoeken geval.

Overigens – zou men hierover anders moeten denken, dan verstout ik mij toch om als mijn mening te geven, dat de in de vorige alinea besproken bezwaren van dien aard zijn dat de leer die Dommering c.s. in het arrest Het Parool/[eiser] “inlezen”, zou moeten worden verlaten: bij een werkelijke botsing van gelijkwaardige fundamentele rechten, leidt die leer tot onwerkbare uitkomsten.

44. “Seems, Madam! Nay, it is.” (W. Shakespeare, Hamlet, 1e bedrijf, scene 2).

Zo kom ik ertoe een “dubbele” toetsing waarbij, nadat afweging van alle relevante factoren heeft plaatsgehad, nog een tweede toetsing van de gevonden uitkomst aan het “noodzakelijkheidsvereiste” wordt toegepast, van de hand te wijzen.

Het in cassatie bestreden arrest

14) Bij de beoordeling van het in cassatie bestreden arrest lijkt mij van belang, dat het hof betreffende de aangevochten uiting van [verweerster] twee aspecten naar voren haalt (zie o.a. rov. 3.5): [verweerster] doet een beroep op de mogelijkheid om “vraagtekens te zetten”⁴⁵ bij de door [eiser] naar voren gebrachte zienswijze op zijn in de oorlog plaatsgevonden daad (en de omstandigheden daaromheen); én [verweerster] vraagt aandacht voor haar “gevoel” dat het haar onmogelijk wordt gemaakt zich hierover (kritisch) uit te laten.

Met het laatste heeft het hof kennelijk het oog op de beslissing van de Hoge Raad in de zaak Het Parool/[eiser], waar [verweerster] herhaaldelijk naar verwijst, en waar haar uiting – die dan ook de vorm heeft van een aan de Hoge Raad gerichte brief –, mede (of zelfs: vooral) tegen gericht is.

15) Ik heb er alle begrip voor dat van de kant van [eiser] de nadruk gelegd is op de – forse – uitlatingen van [verweerster] aan zijn, [eiser]s, adres; maar dat mag er niet toe leiden dat wij uit het oog verliezen dat [verweerster] haar pijlen mede – of misschien: vooral – richt op de naar haar mening (te) ver gaande consequenties van de wijze waarop [eiser], in de zienswijze van [verweerster], in de rechtspraak bescherming heeft verkregen.

Ik vestig hierop de aandacht om een voor de hand liggende reden: het aangaan van het debat over de juistheid of wenselijkheid van een oordeel van de rechter over een kwestie van openbaar belang – hier: de reikwijdte van de uitingsvrijheid in verband met de bescherming van de privacy e.a. –, en het benadrukken van de als bezwaarlijk aangemerkte consequenties waar het bestreden oordeel van de rechter volgens de betrokkene (dat wil zeggen: degene die dit debat aangaat) toe zou leiden, behoort bij uitstek tot de gebieden, waar er behoefte bestaat aan ruime uitingsvrijheid, en waar de “margin of appreciation” voor beperking van die vrijheid dus (zeer) smal is. Voorzover de uiting van [verweerster] in die categorie thuishoort (en ik zeg er maar meteen bij dat het oordeel daarover weer een overwegend feitelijke appreciatie vereist), moet worden aangenomen dat er niet of nauwelijks op de geoorloofdheid daarvan kan of mag worden afgedongen.⁴⁶

45. Het is mij uiteraard niet ontgaan dat [verweerster] dit doet in bewoordingen die minstens zo sterk het beeld van het uitroepen oproepen, als dat van het vragen.

46. Van de kant van [eiser] wordt ook niet anders beweerd; van die kant wordt slechts benadrukt dat [verweerster]s uiting er alleen, of vooral toe zou strekken om de goede naam van [eiser] aan te tasten, en tegelijk diens aanspraak op “alleen gelaten worden” zou schenden. Ik denk, zoals ik al aangaf, dat het hof het door mij genoemde andere aspect van [verweerster]s betoog terdege heeft onderkend en in zijn beoordeling heeft meegewogen.

Bespreking van de cassatiemiddelen

16) Aan de hand van de hiervóór weergegeven beschouwingen beoordeel ik de klachten uit de cassatiemiddelen als volgt:

Het eerste middel is gericht op de waardering, door het hof, van de uiting van [verweerster] als “perspublicatie”.

(Mede) met het oog op wat ik in alinea’s 8 en 9 hiervóór heb betoogd, zal duidelijk zijn dat ik de klachten van dit middel niet als doeltreffend aanmerk.

Ik begrijp het desbetreffende oordeel, in rov. 3.4 van het bestreden arrest, zo dat het hof de uiting van [verweerster] heeft gerangschikt onder de uitingen die met het oog op de bescherming van de uitingsvrijheid als “perspublicatie” mogen worden aangemerkt; en ik denk dat het hof daarmee binnen de hem toegemeten beoordelingsmarge is gebleven.

17) Daarbij geldt dat er rechtens niet zoiets bestaat als een min of meer nauwkeurig af te bakenen instituut dat aanspraak mag maken op de aanduiding “pers” (en de uitingen van dat instituut dan op de aanduiding: “perspublicaties”). Er bestaat een brede verscheidenheid aan openbaarmakingen (door de zich wijzigende sociale en technische omstandigheden, is die verscheidenheid ook aan voortdurende en snelle verandering onderhevig),⁴⁷ en aan instellingen (in ruime zin) die die openbaarmakingen doen of die daarbij betrokken zijn. Naarmate de aard en functie van een openbaarmaking dichter nadert tot die, die men in verband brengt met de “geïnstitutionaliseerde” pers, lijkt het mij gerechtvaardigd die openbaarmaking tot “de pers” te rekenen, althans: om die in een relevante juridische context op dezelfde manier te beoordelen.⁴⁸ In de context waar het hier om gaat, namelijk: die van de uitingsvrijheid, lijkt het mij geoorloofd om een zeer brede waaier aan uitingen tot de pers te rekenen, of qua bescherming daarmee op één lijn te stellen. Dat het hof dat gedaan heeft lijkt mij daarom rechtens (niet on)juist. Geen van de in onderdelen 1.1 t/m 1.3 aangevoerde (detail)argumenten doet daar wezenlijk aan af.

18) Middel 2 gaat uit van de veronderstelling – vooral ontleend aan de derde volzin van rov. 3.4 – dat het hof de van hem gevraagde afweging zou hebben gemaakt

47. Heden ten dage dringen de digitale media zich op als “nieuwe” varianten van uitingen die, onder omstandigheden, als persuitingen mogen worden aangemerkt. 30 à 40 jaar geleden waren wij vertrouwd met het fenomeen van de “muurkrant” en de “samizdat”-publicatie als dragers van maatschappijkritische gedachten en gevoelens (aanvankelijk in landen met repressieve dictaturen, maar later ook in het “vrije Westen”). Wat mij betreft zouden die twee (dus de muurkrant en de “samizdat”-uitgave) zeker tot de pers gerekend mogen worden, voorzover zij zich bezig hielden met de uitingen die tot het terrein van de pers behoren (en niet, bijvoorbeeld, slechts reclame voor bepaalde commerciële verworvenheden op het oog hadden).

48. Zoals in voetnoot 36 al aangestipt, kan ik mij ook situaties voorstellen waarin wél moet worden geoordeeld dat alleen representanten van de min of meer “erkende” pers door bepaalde normen worden aangesproken – zoals wanneer het gaat om het journalistieke verschoningsrecht of om de journalistieke beroepsethiek.

met als uitgangspunt dat aan de uitingsvrijheid (enige mate van) voorrang toekomt boven het recht op eerbiediging van privéleven of goede naam.

Ik stel voorop dat als het hof inderdaad in die zin geoordeeld zou hebben, het daarbij van een onjuiste rechtsopvatting blij zou hebben gegeven – zie de in voetnoot 43 aangehaalde bronnen.

Ik zie echter geen grond om aan te nemen dat het hof zich door deze premisse heeft laten leiden. De passage in rov. 3.4 waar de klacht vooral op doelt, begrijp ik zo dat het hof, omdat het de uiting van [verweerster] heeft beoordeeld als (of op één lijn heeft gesteld met) een perspublicatie, daaraan de gevolgtrekking heeft verbonden dat die uiting in aanmerking komt voor bescherming op de voet van de grondrechtelijke uitingsvrijheid (wat mogelijk niet, of niet in wezenlijk dezelfde mate het geval zou zijn als aan die uiting een andere hoedanigheid dan die van “perspublicatie” moest worden toegekend). Daarmee heeft het hof niet willen zeggen dat de uiting ook op de door dit middel veronderstelde voorrangpositie aanspraak had.

19) Daarom zijn de klachten van onderdeel 2.1 volgens mij ongegrond.

Onderdeel 2.2 bestrijdt ‘s hofs oordeel, eveneens in rov. 3.4, dat de publicatie van [verweerster] niet zonder meer als onrechtmatig is aan te merken wanneer daarin (deels) onware mededelingen over [eiser] voorkomen. De hierop gerichte klacht lijkt mij ondeugdelijk omdat het inderdaad zo is dat het enkele feit dat een uiting onwaarheden bevat niet hoeft te betekenen dat die uiting onrechtmatig is ten opzichte van degene over wie de desbetreffende onwaarheden zijn vermeld (zie o.a. de in voetnoten 25 en 26 vermelde rechtspraak).

Misschien nog relevanter lijkt mij intussen, dat het middel niet aanwijst dat er sprake zou zijn geweest van ten opzichte van [eiser] onware mededelingen in de uiting van [verweerster], waaraan het hof in dit verband gewicht had moeten geven (met als gevolg dat ook niet wordt aangegeven om welke onware mededelingen het zou gaan, of waar in de stukken stellingen daarover kunnen worden aangetroffen).⁴⁹

Dat zo zijnde, komt aan de onderhavige overweging van het hof geen dragende betekenis voor het tenslotte bereikte oordeel toe, en mist [eiser] belang bij de bestrijding daarvan.

49. Het geschil ging dan ook niet zo zeer over de vraag of [verweerster] onware dingen ten laste van [eiser] had beweerd. Dat is eigenlijk alleen het geval met betrekking tot de in middel 5 aangesneden vraag van het motief van geldelijk gewin, waar het echter vooral de uitleg betrof die aan [verweerster]s uiting moest worden gegeven – en waarover het hof anders heeft geoordeeld dan namens [eiser] was verdedigd; met betrekking tot de vraag of [eiser] er aanspraak op kon maken dat hij terzake van het voorval in de oorlog was “gerehabiliteerd” (waaromtrent het hof heeft aangenomen dat [eiser] geen juiste weergave van de werkelijkheid had gegeven; dat twistpunt wordt in cassatie niet meer ter sprake gebracht); en met betrekking tot de in middel 6 aan de orde gestelde vraag of [eiser] een relevante rol in het verzet heeft gespeeld (en of [verweerster] die ten onrechte heeft gekleineerd).

Partijen verschilden vooral over de vraag in hoeverre überhaupt het (met felheid) aansnijden van controverses omtrent [eiser]s zeer lang geleden voorgevallen daad, te verenigen viel met diens recht op privacy en op respect voor zijn goede naam; en over de volgens [eiser] ongerechtvaardigd harde toon van de beweringen en conclusies van [verweerster].

20) Middel 3 keert zich tegen het feit dat het hof, in rov. 3.5, de uiting van [verweerster] heeft beoordeeld op dezelfde voet als een “column”. Ook deze klacht lijkt mij niet deugdelijk.

Ook voor het begrip “column” geldt dat dat geen welomschreven juridische categorie aanduidt; waar nog bij komt dat het hof [verweerster]’s uiting niet als “column” heeft geclassificeerd, maar het oordeel van de rechtbank waarbij die uiting met een “column” gelijk werd gesteld, heeft onderschreven.

Het lijkt mij duidelijk dat het hof zich hier heeft laten leiden door het feit dat [verweerster]’s uiting, zoals het hof die heeft uitgelegd, niet pretendeerde om een afwijkende mening van die van [eiser] als feitelijk juist te presenteren, maar dat [verweerster] (vooral)⁵⁰ een reeks – krachtig geformuleerde – waardeoordelen heeft uitgesproken, deels over het (ook: recentere) optreden van [eiser], maar voor een belangrijk deel ook over de wijze waarop diens positie in de rechtspraak was beoordeeld (en over de volgens [verweerster] daaruit voortvloeiende gevolgen voor (de uitingsvrijheid van) journalisten zoals zij). Verder heeft het hof hier betekenis toegekend aan de cynische en prikkelende toon van [verweerster]’s stuk.

21) Zoals hiervóór besproken (en met de in voetnoten 17, 18, 19 en 23 aangehaalde vindplaatsen geïllustreerd) komt bij de afweging die in deze zaak aan de orde is inderdaad – aanzienlijk – gewicht toe aan de vraag of de betrokkene gegevens als (deugdelijk onderzochte, en eventueel: op gezaghebbende bron berustende) feiten presenteert, dan wel als waardeoordelen of meningen; en ook aan de omstandigheid dat niet de toon van een serieuze verhandeling wordt gebezigd, maar de minder serieuze (wat niet wil zeggen: minder onvriendelijke) toon die men inderdaad kan kenschetsen door naar het verschijnsel van de “column” te verwijzen. In de hier bestreden overweging geeft het hof aan, zich van die beide aspecten rekenschap te geven. Dat is juist (zodat er geen sprake is van een onjuist rechtsoordeel); en dat is wat mij betreft volkomen begrijpelijk.⁵¹

22) Anders dan onderdeel 3.1 aanvoert, lijkt mij dat de aanwijzingen die het hof in zijn motivering opsomt (en waarvan de waardering, vermeld ik nog maar een keer, een overwegend feitelijk karakter heeft) wel degelijk het oordeel kunnen ondersteunen dat de uiting in kwestie niet behoeft te beantwoorden aan de hoge(re) eisen die gesteld worden aan publicaties die zich als “onderzoeksjournalistiek” aandienen (en waarin dus, zo begrijp ik het, wél feiten worden vermeld met de pretentie dat die op verantwoord onderzoek berusten, en door de schrijver (daarom) als waarheidgetrouw worden beoordeeld).

Dat “columns” meestal periodiek verschijnen en gepresenteerd worden in een kader waardoor men ze als “column” herkent (zoals dit onderdeel aanvoert), lijkt

50. In de vorige voetnoot heb ik aangegeven in welke opzichten er feitelijke beweringen van [verweerster] in geding waren; en waar mogelijk aangegeven wat het hof daarover heeft geoordeeld.

51. Waarmee ik niet wil zeggen dat het oordeel niet ook in de andere zin had kunnen luiden; voor het oordeel in deze zin biedt de uiting van [verweerster] echter ruimschoots voldoende houvast.

mij goeddeels irrelevant: het gaat er niet om of de uiting van [verweerster] werkelijk de kwalificatie van “column” verdiende (het hof heeft alleen maar aangenomen dat die met een “column” gelijkgesteld mocht worden); en voor de vraag hoe “ernstig” de lezers de beweringen in een uiting zullen opvatten, doen de twee hier door het middelonderdeel aangewezen gegevens niet of nauwelijks terzake – in dier voege dat ook niet periodiek verschijnende, en niet in een “herkenbaar” kader gepresenteerde stukjes heel goed van dezelfde polemiserende of badinerende benadering blij kunnen geven als veel “columns” doen. Dat is wat het hof hier kennelijk voor ogen heeft gehad.

Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de detailkwesties die in onderdeel 3.2 worden aangewezen. Die kwesties – en ook de verdere in dit middel aangewezen aspecten – brengen niet mee dat het hof tot een bredere motivering was gehouden, dan er in feite is gegeven.

23) Onderdeel 3.3 miskent de eerder besproken tegenwerpingen; en het onderdeel doet ten onrechte een beroep op een beweerde ongerijmdheid in de redenering van het hof. Dat een scherpe toonzetting ertoe kan bijdragen dat de lezer de beweringen van een schrijver als minder ernstig opvat dan bij op minder provocerende toon gestelde (feitelijke) beschuldigingen het geval zou kunnen zijn, kan er nu eenmaal toe leiden dat uitingen in de eerstgenoemde vorm de grens van het toelaatbare niet overschrijden en uitingen in de andere vorm wel. Dat moge, vanuit een bepaalde invalshoek, als paradoxaal kunnen worden gepercipieerd – het is toch niet meer dan een logisch gevolg van het feit dat de uitingen in de ene vorm een minder “zware” indruk op de lezer (kunnen) maken dan uitingen in de andere vorm én van het feit dat uitingen die niet de pretentie van onderbouwde feiten uitdragen, nu eenmaal van een ruimer bemeten uitingsvrijheid profiteren dan wanneer het gaat om als onderbouwde feiten gepresenteerde onjuistheden.

24) De onderdelen 3.4 en 3.5 verwijzen naar de middelen 5 en 1 respectievelijk zonder daar nadere argumenten aan toe te voegen. Zij volgen dus het lot van de middelen waar zij naar verwijzen. Overigens valt niet in te zien waarom een uiting die niet als “perspublicatie” zou mogen worden gekwalificeerd maar die door zijn cynische/provocerende toonzetting en gebrek aan feitelijke stellingname wél een met een “column” vergelijkbare indruk maakt, niet op dezelfde voet als een “column” beoordeeld zou mogen (en moeten) worden.

Onderdeel 3.6 voert aan dat ook aan een wél als “column” te beoordelen publicatie de eis van behoorlijk feitelijk onderzoek mag worden gesteld. Die klacht miskent dat voor uitingen die uit loutere waardeoordelen bestaan (zoals naar het oordeel van het hof kennelijk in belangrijke mate voor de uiting van [verweerster] gold – en zoals ook bij “columns” vaak het geval is), er slechts weinig aan feitelijke onderbouwing wordt gevergd, en dienovereenkomstig weinig aan onderzoek. Bovendien geldt ook hier – evenals het geval was ten aanzien van onderdeel 2.2 – dat niet wordt aangegeven in welke opzichten [verweerster] op onvoldoende onderzoek gebaseerde beweringen zou hebben gedaan (en dus ook niet, waar stel-

lingen van [eiser] in de stukken te vinden zijn die hierop de vinger leggen).⁵² Bij gebreke daarvan valt aan het hof niet te verwijten dat het zich niet in verder onderzoek hiernaar heeft begeven.

25) Onderdeel 3.7 klaagt dat eraan voorbij is gezien dat ook uitingen in een “column” onrechtmatig (kunnen) zijn indien daarbij de bedoeling voorzit, een ander te kwetsen of indien nodeloos grievende bewoordingen zijn gebezigd. Deze klachten stuiten er op af dat het hof (feitelijk) heeft vastgesteld dat [verweerster] zich niet aan nodeloos grievende bewoordingen schuldig heeft gemaakt, en dat het hof kennelijk ook niet heeft willen aannemen dat bij [verweerster] de bedoeling voorzat, [eiser] te kwetsen (dat dat wel zo zou zijn, was ook van de kant van [eiser] niet, of niet dan met een minimum van onderbouwing, aangevoerd).

26) Verder wordt aangevoerd dat ook voor de columnist zou gelden dat die geen kwalificaties mag bezigen of vergelijkingen treffen waartoe de feiten in redelijkheid geen aanleiding geven.

Ik zou denken dat hier een met het oog op de uitingsvrijheid te strenge regel wordt voorgesteld: dat voor kwalificaties of vergelijkingen in redelijkheid aanleiding zou moeten bestaan, lijkt mij slecht te sporen met de gedachte dat de uitingsvrijheid ook – en juist – bedoeld is voor die uitingen die “offend, shock or disturb”. En zoals in alinea 6 sub c hiervóór al aangehaald: de uitingsvrijheid eist ook ruimte voor (enige) overdrijving en provocatie. Ook in dat opzicht lijkt mij de maatstaf van “redelijke aanleiding” die het middel hier voorstaat, te streng.

Intussen: ook hier wordt niet verwezen naar specifieke delen van de uiting van [verweerster], die in dit opzicht de grenzen van het geoorloofde zouden hebben overschreden (en wordt dus ook niet aangegeven wáár daarop namens [eiser] in de stukken van de feitelijke instanties een beroep zou zijn gedaan). Al daarom geldt dat het hof niet mag worden verweten, hier geen specifieke aandacht aan te hebben besteed.

27) Onderdeel 3.8 brengt de stelling – die ik als enigszins prikkelend of provocerend ervaar – naar voren, dat het genre van de “column” met de daaraan inherente wat ruimere marge voor “krachtig geformuleerde uitingen”, niet zou mogen worden gebruikt voor onderwerpen van een zodanig serieus en gevoelig karakter als hier aan de orde.

Ik noem die stelling (enigszins) prikkelend of provocerend, omdat hij zich naar mijn smaak keert tegen de essentie van de uitingsvrijheid. Die verdient bescherming, niet zozeer omdat dat nodig is om minder serieuze of minder gevoelige

52. De in voetnoot 11 bij middelonderdeel 3.6 aangewezen vindplaatsen bevatten inderdaad alle de stelling dat [verweerster] geen nader onderzoek heeft gedaan naar de feiten (in het bijzonder: zoals die in de Parool-publicaties uit 1990 zouden zijn vermeld); maar ik heb daar geen aanwijzingen aangetroffen van specifieke feiten die door [verweerster] verkeerd zouden zijn gepresenteerd, en waarnaar nader onderzoek verlangd had mogen worden. Er wordt telkens wel gesteld dát er zulk onderzoek had moeten plaatsvinden, maar – althans: voor mij – niet duidelijk gemaakt, waar het nu werkelijk aan dergelijk onderzoek zou hebben ontbroken.

kwesties aan de orde te kunnen stellen – daaraan zal, zoals in voetnoot 8 al even ter sprake kwam, niet gauw aanstoot worden genomen, zelfs als de steller zich wat kras uitdrukt – maar om zaken van wezenlijk belang onder de aandacht te kunnen brengen (en wel om dat óók te kunnen doen op een manier die “offends, shocks or disturbs”).

Als deze klacht inhoudelijk juist zou zijn, kan men zich afvragen of Zola’s “J’accuse” ook vandaag de dag wel als geoorloofd zou worden beoordeeld.

28) Overigens stuit de klacht er ook op af dat [verweerster], in de uitleg die het hof aan haar uiting heeft gegeven, zich niet primair gericht heeft op het in onderdeel 3.8 genoemde gegeven (“het ombrengen van een joodse onderduiker tijdens de tweede wereldoorlog”), maar op twee (of eigenlijk: drie) gegevens die daarop aansluiten: het feit dat [eiser] deze gebeurtenis (in een betrekkelijk recente televisieuitzending) presenteert als verzetsdaad en stelt dat hij terzake gerehabiliteerd zou zijn, én het feit dat de rechtspraak waar [verweerster] haar pijlen op richt tot het gevolg zou (kunnen) leiden dat het anderen niet zou vrijstaan – of dat anderen ervan zouden worden weerhouden – om de juistheid van die (twee) beweringen (openlijk) in twijfel te trekken.

Het zou mij als hoogst oneigenlijk treffen wanneer het serieuze en gevoelige karakter van de handelingen waar de discussie op teruggrijpt, óók zou meebrengen dat het ter discussie stellen van de zojuist genoemde gegevens als “buiten de perken” zou worden aangemerkt. Opnieuw stuit ik er dan op, dat dat mij een echt onaantvaardbare beknutting van de uitingsvrijheid zou lijken.

29) Het vierde middel richt zich op de kern van het bestreden arrest: de afweging die het hof ertoe brengt, in dit geval voldoende (klemmende) redenen aan te nemen om te oordelen dat [eiser]s aanspraak op eerbieding van zijn privéleven door het niet oprakelen van het in een ver verwijderd verleden plaatsgevonden afschuwelijke voorval, geen voorrang verdient boven de aan [verweerster] toekomende uitingsvrijheid.

Zoals in alinea 10 hiervóór besproken, meen ik dat het hier gaat om een afweging die in zeer sterke mate wordt bepaald door waarderingen van feitelijke aard, in dit geval: van een meer dan gewoonlijk uitgebreid scala aan factoren. De ruimte voor inhoudelijke toetsing in cassatie lijkt mij dienovereenkomstig (aanmerkelijk) beperkt.

30) Het middel gaat er van uit dat – met het oog op de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Het Parool/[eiser], i.h.b. rov. 5.12 van dat arrest – [verweerster] slechts op grond van klemmende redenen van publiek belang gerechtigd kon zijn, inbreuk op [eiser]s privacy te maken (op de manier waarop zij dat heeft gedaan). Ik vraag mij af of dat inderdaad uit het bedoelde arrest kan worden afgeleid. Het ging in dat arrest om de feitelijke beschuldiging dat [eiser] de onderduiker in kwestie niet uit verzetsmotieven zou hebben gedood, maar met het oog op geldelijk gewin (in het arrest worden de woorden “een ordinaire roofmoord” geciteerd). Voorts wordt daar in aanmerking genomen dat [eiser] zelf de kwestie

slechts éénmaal publiekelijk ter sprake zou hebben gebracht; en speelt geen rol dat [eiser] zelf aanvechtbare mededelingen ten aanzien van het (verzets)motief en ten aanzien van zijn rehabilitatie zou hebben gedaan.

In dergelijke omstandigheden beoordeel ik de premisse dat men na tientallen jaren iemands privacy niet met zéér ernstige beschuldigingen van misdrijf mag verstoren als daarvoor geen klemmende redenen van publiek belang bestaan, als alleszins begrijpelijk. Maar in de onderhavige zaak liggen de feiten bepaald anders.

31) Deze keer is immers aan de orde dat [eiser] – niet voor het eerst, maar bij herhaling – over het gebeurde in 1943 heeft gesproken (en wel: in een televisieprogramma, dus alleszins openlijk); daarbij (opnieuw) heeft gesuggereerd dat hij een film zou willen maken waarin ook deze gebeurtenis wordt betrokken; en tevens heeft aangegeven dat het gebeurde op verzetsmotieven berustte én dat hij (daarom?) terzake was gerehabiliteerd.

Van het eerste stelt het hof in de onderhavige zaak vast dat vraagtekens bij deze bewering goed mogelijk zijn (mede vanwege het feit dat bestuursrechtelijke instanties bij de beoordeling van een aanvraag om een buitengewoon (verzets)pensioen, deze verklaring voor het gebeurde niet als aannemelijk hebben beoordeeld); en van het tweede (de rehabilitatie) stelt het hof zonder meer vast dat [eiser]s bewering daarover niet juist is.⁵³

32) Ik stel voorop dat ik er – natuurlijk – mee instem dat iemand die wegens misdrijf is veroordeeld en de hem opgelegde straf heeft ondergaan, daarna – en zeker na verloop van aanmerkelijke tijd – mag verlangen dat dat gegeven hem niet publiekelijk wordt nagedragen. Gaat het om feiten van tientallen jaren geleden, en a fortiori om feiten die in een uiterst moeilijke oorlogssituatie plaatsvonden en waarvan de opheldering aan navenante beperkingen onderhevig is, dan wint deze aanspraak nog aanzienlijk aan kracht.

Maar blijft dat gelden, ook als de betrokkene zelf in een televisieuitzending een bepaalde, aanvechtbare (en deels onjuiste) zienswijze op die feiten uitdraagt én suggereert dat hij daar in een film nog verdere ruchtbaarheid aan zou kunnen geven?

Op die vraag past, denk ik, geen eenduidig ja of nee. Maar in de hier geschetste context geldt, anders dan in die van het arrest uit 1995, dat de marge voor beoordeling, aan de hand van alle concrete omstandigheden, een andere en een aanzienlijk minder enge is. Die marge heeft het hof naar mijn overtuiging niet miskend; en het oordeel van het hof overschrijdt die marge ook niet. Sterker nog – ik zou de uitkomst waarbij aan [verweerder] het recht zou zijn ontzegd om, ook in deze context, de feiten uit het verleden van [eiser] ter sprake te brengen, mogelijk wél als een miskenning van de hier geboden marges hebben beoordeeld; voor het omgekeerde geldt dat dan allicht niet.

53. Rov. 3.6, bevestigd in rov. 3.9

33) Let wel: ik heb het hier alleen over de vraag of het “oprakelen” van de lang geleden gebeurde feiten in de hier besproken context, op zich als een onaanvaardbare schending van de privacy zou mogen worden gekwalificeerd. Daarbij laat ik buiten beschouwing of het oordeel niet anders zou kunnen luiden met het oog op (tal van) bijkomende omstandigheden: onjuistheden, excessieve woordkeus e.t.c.

Voorzover het alleen om dit gegeven gaat, beoordeel ik de klacht van middel 4, die ertoe strekt dat hier geen voldoende klemmende redenen voor het aantasten van [eiser]s recht om met rust te worden gelaten had mogen worden aangenomen, dus als ongegrond.

34) Het middel betreft bij de klacht overigens wél een reeks(je) van bijkomende omstandigheden (in onderdeel 4.2). Daarvoor ontbreekt soms feitelijke grondslag (dat geldt bijvoorbeeld voor de stelling dat [verweerster] heeft gesuggereerd dat [eiser] de onderduiker uit overwegingen van geldelijk gewin zou hebben gedood – het hof heeft die stelling immers van de hand gewezen).⁵⁴

Voor het overige denk ik dat de weging van de hier aan de orde zijnde (veelheid aan) bijkomende omstandigheden buiten het bereik van de cassatietoetsing valt. Eenmaal aangenomen dat zich hier een context voordeed waarin ook minder klemmende belangen dan er in 1995 voor ogen stonden, het ter sprake brengen van [eiser]s daad uit 1943 konden rechtvaardigen, moet verder de door het hof gemaakte weging van de overige tot de context behorende omstandigheden, worden gerespecteerd.

Ook op de motivering van die weging valt, meen ik, niet af te dingen. Het middel doet dat wel, maar neemt daarbij tot uitgangspunt de hoge barrière die (volgens het middel) in het arrest van 1995 zou zijn aanvaard, als het gaat om het ter sprake mogen brengen van het onderwerp van [eiser]s daad uit 1943. Ik kwam er hiervóór toe, te oordelen dat in deze zaak een minder hoge barrière moet worden aangehouden. Als men daarvan uitgaat, kan ook de motivering van het hof (wat mij betreft: bij lange na) niet als onvoldoende worden gekwalificeerd.

35) Deze beschouwingen brengen mij ertoe, de klachten van de onderdelen 4.1 (waar een strengere toetsingsmaatstaf dan ik hiervóór heb verdedigd, wordt aanbevolen) en 4.2 (waar, voortbouwend op die te “zware” toetsingsmaatstaf, een door mij hiervóór als niet-aanvaardbaar beoordeelde heroverweging van de door het hof gemaakte afweging wordt bepleit), aan te merken als niet doeltreffend. Onderdeel 4.3 klaagt dat het hof feiten bij zijn oordeel zou hebben betrokken waar niet (door een van de partijen) een beroep op was gedaan – in het bijzonder het feit dat [verweerster]s initiatief ook voor de gevoelens van slachtoffers van de jodenvervolging en hun nabestaanden betekenis zou (kunnen) hebben. Die klacht

54. In rov. 3.9 onder a. Die vaststelling wordt overigens in middel 5 bestreden, maar volgens mij tevergeefs.

lijkt mij onaannemelijk omdat men in de stellingen van [verweerster] wel degelijk een beroep op dit gegeven kan lezen.⁵⁵

Onderdeel 4.4 klaagt dat aan de nagedachtenis van de indertijd door [eiser] gedode onderduiker geen (noemenswaardig) gewicht bij de door het hof gemaakte afweging had mogen worden toegekend. Het hof heeft echter in rov. 3.7 juist overwogen dat in deze zaak niet slechts de nagedachtenis van deze persoon, maar ook de gevoelens van andere (nabestaanden van) slachtoffers in het geding zijn. Daaruit leid ik af dat het hof aan het eerstgenoemde gegeven geen aanmerkelijk – laat staan doorslaggevend – gewicht heeft toegekend, zodat de klacht in zoverre feitelijke grondslag mist. En overigens: (ook) hier is, lijkt mij, sprake van een gegeven dat door de “feitelijke” rechter moet worden gewaardeerd en “meegewogen”, en niet iets dat in cassatie “op waarde kan worden geschat”.

36) Het middel sub 5 klaagt over het feit dat het hof de publicatie van [verweerster] niet aldus heeft uitgelegd, dat daarin wordt gesuggereerd dat [eiser] bij het misdrijf in 1943 (mede) door motieven van geldelijk gewin werd bewogen.

Ook hier vraagt het middel de Hoge Raad om een in zéér overwegende mate feitelijke waardering van het hof in heroverweging te nemen. Dat behoort, meen ik, niet te worden gehonoreerd. Ongetwijfeld is het zo – tot zo ver kan men de steller van het middel geen ongelijk geven – dat men de publicatie van [verweerster] anders kan opvatten dan het hof heeft gedaan. Ik misken ook niet dat de literaire methode van ontkenning dat men iets zal beweren (wat men daardoor allicht juist wél ter sprake brengt), in de nodige gevallen beoogt, datgene te zeggen wat men juist niet zegt.⁵⁶ Maar dat [verweerster]s tekst, zoals het middel in onderdeel 5.1 aanvoert, “zich niet anders (laat) lezen” dan dat er eigenlijk datgene wordt gezegd (of gesuggereerd) wat [verweerster] juist zegt dat zij niet wil zeggen of suggereren, kan ik niet onderschrijven. Het is heel goed mogelijk om wat daar staat zo te begrijpen, als het ook voorgeeft bedoeld te zijn: als een voorbijgaan aan de oms treden kwestie van de motieven die mogelijk bij het misdrijf uit 1943 een rol hebben gespeeld.

37) Dat ’s hofs oordeel hierover nadere motivering zou behoeven, zie ik ook niet in. Het betreft hier een van die oordelen, waarvan niet zo makkelijk valt in te zien hoe men die nader zou kunnen motiveren: de tekst van [verweerster]s publicatie is in confesso. Die is ongetwijfeld (enigszins) dubbelzinnig; maar hij roept per

55. In het vonnis in eerste aanleg werden de hier bedoelde aspecten in rov. 13 in de beoordeling betrokken. Er is geen specifieke klacht in appel tegen dit gegeven gericht. Daarentegen heeft [verweerster] die gegevens o.a. in de alinea’s 61 en 62 van de Memorie van Antwoord wél specifiek betrokken bij het van haar kant in appel verdedigde standpunt.

Of de stellingen van [verweerster] aldus mogen worden uitgelegd, is overigens ter beoordeling aan de “feitelijke” rechter, zie bijvoorbeeld HR 13 juli 2007, rechtspraak.nl LJN AZ1598, rov. 3.7.2; HR 13 juli 2007, rechtspraak.nl LJN BA3520, rov. 4.2; HR 29 juni 2007, NJ 2007, 355, rov. 3.5.2; HR 13 april 2007, NJ 2007, 219, rov. 3.3.3.

56. Een van de fraaiste voorbeelden die ik ken is te vinden in de grafrede van Marcus Antonius in W. Shakespeare, Julius Ceasar, 3e bedrijf, scene 2.

saldo bij de lezer de ene of de andere (of nog een derde) indruk op. Nader aangeven waarom men vindt dat de lezer van die tekst de ene dan wel de andere indruk ondergaat, is bepaald niet eenvoudig. En wat daarvan zij: rehtens is in elk geval niet vereist dat de tot oordelen geroepen rechter de indruk die die tekst in dit opzicht op hem maakt, met geleerde beschouwingen nader motiveert.

38) Het argument dat onderdeel 5.2 ter nadere ondersteuning aandraagt – [verweerster] beroept zich er op dat [eiser] (veel later) financieel voordeel in verband met het misdrijf uit 1943 zou hebben behaald, en dat zou ertoe bijdragen dat men ook het misdrijf zelf met een geldelijk motief in verband brengt – vind ik wat ver gezocht.

Zoals ik al eerder (in alinea 15) opmerkte, kan ik er overigens begrip voor opbrengen dat [eiser] steeds de nadruk legt op de voor hem nadelige strekking van [verweerster]s tekst; maar zoals ik daar ook aangaf, gaat het in die tekst óók om de door [verweerster] bezwaarlijk gevonden belemmeringen die zouden voortvloeien uit de rechtsbescherming die [eiser] (volgens [verweerster]) inmiddels met succes zou hebben ingeroepen. Anders gezegd: het gaat telkens én om het weerspreken van de door [eiser] geuite zienswijze met betrekking tot het in 1943 gebeurde, én om het benadrukken dat de eerdere rechtsmaatregelen hierover een (volgens [verweerster] niet gerechtvaardigde) beperking van de journalistieke vrijheid om zich daarover uit te spreken, zouden opleveren. In dat laatste verband is relevant, welke schadevergoedingen daarbij in het geding waren. Daaraan ook gevolgtrekkingen willen verbinden voor de motieven die bij de gebeurtenissen in 1943 kunnen hebben gespeeld, is dan weinig plausibel.

39) De onderdelen 5.3 en 5.4 pleiten telkens – overigens met zinnige argumenten –, voor een andere uitleg van [verweerster]s publicatie dan het hof daaraan heeft gegeven. Ik herhaal, dat ik meen dat ‘s hofs uitleg van die publicatie op een zéér overwegend feitelijke appreciatie berust; en dat men, ook aan de hand van zinnige argumenten, van een dergelijke uitleg in cassatie geen herwaardering behoort te kunnen verkrijgen. Men kan ermee instemmen dat die argumenten (eventueel: in combinatie met wat er verder was aangevoerd) ook een andere uitkomst van de gemaakte waardering hadden kunnen ondersteunen; maar het is niet zo dat die argumenten tot die andere uitkomst dwingen, of dat nadere motivering vereist zou zijn om de door het hof gevonden uitkomst, ondanks die argumenten, begrijpelijk te doen zijn.

40) Het middel onder 6 klaagt dat het hof voorbij zou zijn gegaan aan een betoog dat ertoe strekte dat [verweerster] ook het feit dat [eiser] – anders dan in de vorm van het doden van de bij hem verblijvende onderduiker – in de tweede wereldoorlog aan het verzet heeft deelgenomen, heeft ontkend dan wel in twijfel getrokken. [eiser] zou hebben gesteld dat hij ook hierdoor in zijn eer en goede naam is aangetast.

Inderdaad vond ik in het bestreden arrest geen overweging(en) die zich specifiek met dit punt bezig houden. In appel was dat punt wel specifiek aan de orde ge-

steld: in het vonnis van de eerste aanleg was in rov. 10 geoordeeld dat de publicatie van [verweerster] er niet toe strekte, te beweren dat [eiser] geen verzetsdeelnemer is geweest (maar om vraagtekens te plaatsen bij bepaalde beweringen omtrent [eiser]s deelname aan het verzet). Die overweging werd namens [eiser] in appel expliciet bestreden met grief 3.

41) Op het eerste gezicht is men dus geneigd te denken dat dit middel gegrond is: op een expliciet voorgedragen (en, voeg ik toe: een relevante stelling betreffende) grief is niet inhoudelijk ingegaan.

Op deze prima-facie uitkomst valt echter ook het nodige af te dingen. Het probleem is namelijk, dat in de onderbouwing van grief 3 niet werkelijk wordt ingegaan op de overweging van de rechtbank die in die grief wordt bestreden. Er wordt daar (slechts) met de nodige nadruk betoogd dat tussen partijen als vaststaand gold dat [eiser] wél aan het verzet heeft deelgenomen.⁵⁷ Dat betoog gaat heen langs wat de rechtbank heeft geoordeeld: het gaat er niet om óf [eiser] als verzetsdeelnemer is aan te merken – daarover waren partijen het inderdaad eens –, maar om de vraag of [verweerster] dát feit op zich in haar publicatie ter discussie heeft gesteld (dan wel zich heeft beperkt tot het uitspreken van twijfel over sommige specifieke beweringen ten aanzien van de verzetsrol van [eiser]). Om het oordeel van de rechtbank over die tweede vraag te bestrijden, is het beklemtonen van – alleen – het gegeven dat partijen het over het feit dát [eiser] aan het verzet heeft deelgenomen eens zijn, niet of nauwelijks doeltreffend.

42) Men kan de vraag dus ook zo stellen: mag de appelrechter stilzwijgend voorbijgaan aan een grief die op zijn beurt voorbijgaat aan de kern van het oordeel van de lagere rechter waar die grief op gericht is?

Ook hier geldt, denk ik, dat er geen voor alle gevallen passend eenduidig antwoord is: het hangt er ook hier weer van af hoe de verhoudingen lagen. Was het onderwerp van de bedoelde grief van centraal belang of maar van (zeer) beperkt belang voor de beoordeling van de gegrondheid van eis dan wel verweer? Leent de grief zich, al gaat hij dan langs de kern van de bestreden overweging heen, voor “welwillende” uitleg? Heeft de wederpartij er blijk van gegeven dat zij de grief inhoudelijk heeft opgevat als wél gericht op het wezen van de bestreden overweging? (enzovoort).

43) Aan de hand van de gegevens waar ik zojuist op doelde denk ik dat het hof in deze zaak kon oordelen, dat zonder expliciete motivering aan grief 3 voorbij kon

57. Dat wordt overigens gedaan zonder enige nadere aanduiding van de aard of inhoud van [eiser]s deelname aan het verzet. Ik vermeld dat niet om te suggereren dat er reden zou zijn om aan die deelname te twifelen – dat zou vergaand misplaatst zijn –, maar omdat de rechtbank aan haar oordeel in rov. 10 mede ten grondslag heeft gelegd dat [eiser] over zijn feitelijke activiteiten in het verzet weinig informatie (heeft) verstrekt. Daarin heeft de rechtbank klaarblijkelijk een grond gezien die steun kon bieden aan de bevinding dat [verweerster] niet het recht mag worden ontzegd om bepaalde activiteiten waarvan te eniger tijd wél melding zou zijn gemaakt, in twijfel te trekken. Ook in dit opzicht gaat het betoog in het kader van grief 3 voorbij aan wat de rechtbank heeft overwogen.

worden gegaan. Die grief betrof een verwijt dat in het betoog van [eiser] niet op de voorgrond stond; de grief bood maar weinig houvast voor inhoudelijke herwaardering van het oordeel waartegen de grief gericht was; en van de kant van [verweerster] is niet of nauwelijks op het door de grief aangesneden punt ingegaan.⁵⁸ Van de kant van [eiser] is bij pleidooi in appel (pleitnota p. 8 – 10) veel geciteerd uit de publicatie van [verweerster] en opnieuw benadrukt dat hij, [eiser], wél verzetsdeelnemer was (ook hier: zonder nader aan te geven waarin die deelname heeft bestaan); maar er is niet nader ingegaan op het oordeel van de rechtbank dat [verweerster] [eiser]s deelname aan het verzet “an sich” niet weersprak (maar bepaalde beweringen daarover wel).

Het lijkt mij duidelijk dat het hof het met het oordeel van de rechtbank op dit punt eens is geweest. Het zou bepaald de voorkeur hebben verdiend wanneer het hof dat ook met zoveel woorden had uitgesproken – maar in het licht van het partijdebat zoals ik dat zojuist summier weergaf, merk ik het feit dat het hof dat niet heeft gedaan, in dit geval niet aan als een motiveringsgebrek dat tot vernietiging zou moeten leiden.

44) Het middel onder 7 betreft de vraag waarover ik in alinea’s 11-13 hiervóór al het nodige heb gezegd: moet de rechter, geconfronteerd met een rechtstreeks conflict tussen de “vrijheden” betreffende de meningsuiting en die betreffende de eerbiediging van de privacy en de goede naam, naast het wegen van de gegevens en omstandigheden die, in het te beoordelen geval, het “totaalgewicht” bepalen van de schalen waarin de beide conflicterende grootheden liggen, vervolgens nog afzonderlijk nagaan of de uitkomst die hij zo gevonden heeft, een “noodzaak” oplevert in de zin van art. 8 lid 2 EVRM dan wel art. 10 lid 2 EVRM (dat zal er dan van afhangen, welk van de desbetreffende rechten het onderspit dreigt te delven)?

Ik meen dus dat de rechter dat niet moet, en dat het ook niet kan: de weging-in-twee-stappen die hier wordt verdedigd leidt ófwel nergens toe, óf leidt tot een onontwarbare knoop, waarbij aan geen van de botsende belangen recht wordt gedaan.

De rechtsklacht van onderdeel 7.2 lijkt mij daarom ongegrond. De motiveringsklacht van onderdeel 7.2 is dan niet ter zake dienend.

Conclusie

Ik concludeer tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

58. Ik meen dat alleen par. 50 - 53 van de pleitnota namens [verweerster] in appel min of meer “en passant” op deze kwestie ingaan.

HvJ EG 21 januari 2008
Promusicae/Telefónica
zaaknr. C-275/06

Doorgeven persoonsgegevens, auteursrecht, handhaving

De lidstaten zijn volgens de richtlijn inzake elektronische handel, de auteursrechtlijn, de handhavingsrichtlijn en de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie niet gehouden, in een situatie als die van het hoofdgeding (auteursrecht-handhavingsorganisatie die NAW-gegevens vordert van een provider) de verplichting op te leggen om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken. De lidstaten dienen er krachtens het gemeenschapsrecht bij de omzetting van deze richtlijnen wel acht op te slaan dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook acht op slaan dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

29 januari 2008 (*)

„Informatiemaatschappij – Verplichtingen van serviceproviders – Bewaring en bekendmaking van bepaalde verkeersgegevens – Verplichting tot bekendmaking – Grenzen – Bescherming van vertrouwelijkheid van elektronische communicaties – Verenigbaarheid met bescherming van auteursrecht en naburige rechten – Recht op doeltreffende bescherming van intellectuele eigendom”

In zaak C-275/06,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid (Spanje) bij beslissing van 13 juni 2006, ingekomen bij het Hof op 26 juni 2006, in de procedure

Productores de Música de España (Promusicae)

tegen

Telefónica de España SAU,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis en U. Lõhmus, kamerpresidenten, A. Borg Barthet, M. Ilešić, J. Malenovský (rapporteur), J. Klucka, E. Levits, A. Arabadjiev en C. Toader, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 juni 2007,

gelet op de opmerkingen van:

- Productores de Música de España (Promusicae), vertegenwoordigd door R. Bercovitz Rodríguez Cano, A. González Gozalo en J. de Torres Fueyo, abogados,
- Telefónica de España SAU, vertegenwoordigd door M. Cornejo Barranco, procuradora, R. García Boto en P. Cerdán López, abogados,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- de Sloveense regering, vertegenwoordigd door M. Remic en U. Steblovnik als gemachtigden,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door J. Heliskoski en A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigden,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door Z. Bryanston-Cross als gemachtigde, bijgestaan door S. Malynicz, barrister,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Vidal Puig en C. Docksey als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 juli 2007,

het navolgende

ARREST

I. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met

name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10) en van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45, en – rectificatie – PB 2004, L 195, blz. 16), alsook van de artikelen 17, lid 2, en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1; hierna: „Handvest”).

2. Dit verzoek is ingediend in een geding tussen de vereniging zonder winstoogmerk Productores de Música de España (Promusicae) (hierna: „Promusicae”) en Telefónica de España SAU (hierna: „Telefónica”), betreffende de weigering van deze laatste om Promusicae, die optreedt voor rekening van de bij haar aangesloten houders van intellectuele-eigendomsrechten, persoonsgegevens te verstrekken betreffende het internetgebruik via de door Telefónica ter beschikking gestelde aansluitingen.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

3. Deel III van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-overeenkomst”), opgenomen in bijlage I C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO), die op 15 april 1994 te Marrakesh is ondertekend en is goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1), heeft als titel „Handhaving van de rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom”. Dit deel omvat onder meer artikel 41, waarvan de leden 1 en 2 luiden als volgt:

„1. De leden zien erop toe dat in hun nationale wetgeving is voorzien in procedures voor de handhaving, zoals bedoeld in dit deel, opdat doeltreffend kan worden opgetreden tegen elke inbreuk op onder deze Overeenkomst vallende rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom, met inbegrip van snelle middelen om inbreuken te voorkomen en middelen die verdere inbreuken tegen gaan. Deze procedures dienen zodanig te worden toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.

2. Procedures betreffende de handhaving van rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom dienen eerlijk en billijk te zijn. Zij mogen niet onnodig

ingewikkeld of kostbaar zijn of onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen inhouden.”

4. Titel 2 van deel III, „Civiele en administratieve procedures en corrigerende maatregelen”, omvat onder meer artikel 42, „Eerlijke en billijke procedures”, dat luidt als volgt:

„De leden bieden houders van rechten de mogelijkheid tot het voeren van civiele gerechtelijke procedures betreffende de handhaving van onder deze Overeenkomst vallende rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom [...]”

5. Artikel 47 van de TRIPs-overeenkomst, „Recht op informatie”, bepaalt:

„De leden kunnen bepalen dat de rechterlijke autoriteiten de bevoegdheid hebben, tenzij dit niet in verhouding zou staan tot de ernst van de inbreuk, om de inbreukmaker te gelasten de houder van het recht in kennis te stellen van de identiteit van derden die betrokken zijn bij de productie en distributie van de inbreukmakende goederen of diensten en van hun distributiekkanalen.”

Gemeenschapsrecht

Bepalingen betreffende de informatiemaatschappij en de bescherming van de intellectuele eigendom, met name van het auteursrecht

– Richtlijn 2000/31

6. Artikel 1 van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„1. Deze richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen.

2. Voor zover voor de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstelling nodig, worden met deze richtlijn bepaalde nationale bepalingen nader tot elkaar gebracht die van toepassing zijn op de diensten van de informatiemaatschappij en betrekking hebben op de interne markt, de vestiging van de dienstverleners, de commerciële communicatie, langs elektronische weg gesloten contracten, de aansprakelijkheid van tussenpersonen, gedragscodes, de buitengerechtelijke geschillenregeling, rechtsgedingen en de samenwerking tussen lidstaten.

3. Deze richtlijn vormt een aanvulling op het communautaire recht dat van toepassing is op de diensten van de informatiemaatschappij en doet niet af aan het in de communautaire besluiten en nationale wetgeving ter uitvoering daarvan vastgelegde niveau van bescherming, inzonderheid van de volksgezondheid en de consumentenbelangen, voor zover de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen daardoor niet beperkt wordt.

[...]

5. Deze richtlijn is niet van toepassing op:

[...]

b) kwesties in verband met diensten van de informatiemaatschappij die onder richtlijn 95/46/EG en richtlijn 97/66/EG vallen;

[...]”

7. Artikel 15 van richtlijn 2000/31 luidt als volgt:

„1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

2. De lidstaten kunnen voorschrijven dat dienstverleners de bevoegde autoriteiten onverwijld in kennis dienen te stellen van vermeende onwettige activiteiten of informatie door afnemers van hun dienst, alsook dat zij de bevoegde autoriteiten op hun verzoek informatie dienen te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst met wie zij opslagovereenkomsten hebben gesloten, kunnen worden geïdentificeerd.”

8. Artikel 18 van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.
[...]”

– Richtlijn 2001/29

9. Richtlijn 2001/29 heeft volgens artikel 1, lid 1, ervan betrekking op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in het kader van de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij.

10. Artikel 8 van richtlijn 2001/29 bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in deze richtlijn omschreven rechten en verplichtingen en dragen er zorg voor, dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben.

2. Elke lidstaat draagt er zorg voor, dat rechthebbenden wier belangen worden geschaad door een inbreukmakende handeling die op zijn grondgebied plaats-

vindt, een vordering tot schadevergoeding en/of beëindiging van de inbreuk en in voorkomend geval een vordering tot inbeslagneming van het inbreukmakende materiaal en de in artikel 6, lid 2, bedoelde inrichtingen, producten of onderdelen kunnen instellen.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.”

11. Artikel 9 van richtlijn 2001/29 luidt als volgt:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan bepalingen betreffende met name octrooirechten, handelsmerken, rechten inzake tekeningen of modellen, gebruiksmodellen, topografieën van halfgeleiderproducten, lettertypes, voorwaardelijke toegang, toegang tot de kabel van omroepdiensten, de bescherming van nationaal bezit, vereisten inzake wettelijk depot, beperkende praktijken en oneerlijke concurrentie, handelsgeheimen, veiligheid, vertrouwelijkheid, gegevensbescherming en persoonlijke levenssfeer, toegang tot overheidsdocumenten en het overeenkomstenrecht.”

– Richtlijn 2004/48

12. Artikel 1 van richtlijn 2004/48 bepaalt:

„Deze richtlijn betreft de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die noodzakelijk zijn om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. [...]”

13. Artikel 2 van richtlijn 2004/48 luidt als volgt:

„[...]”

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan:

- a) de communautaire bepalingen betreffende het materiële recht inzake de intellectuele eigendom, richtlijn 95/46/EG, richtlijn 1999/93/EG, of richtlijn 2000/31/EG in het algemeen en de artikelen 12 tot en met 15 daarvan in het bijzonder;
- b) internationale verplichtingen van de lidstaten en met name de TRIPs-overeenkomst, waaronder de verplichtingen met betrekking tot strafprocedures en straffen;
- c) enige nationale bepaling in de lidstaten met betrekking tot strafprocedures en straffen in verband met inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten.”

14. Artikel 3 van richtlijn 2004/48 bepaalt:

„1. De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechts-

middelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden ofodeloze ver-
tragingen inhouden.

2. De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.”

15. Artikel 8 van richtlijn 2004/48 luidt als volgt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties tijdens een gerechtelijke procedure wegens inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, op gerechtvaardigd en redelijk verzoek van de eiser kunnen gelasten dat informatie over de herkomst en de distributiekanaalen van de goederen of diensten die inbreuk maken op een intellectuele-eigendomsrecht, wordt verstrekt door de inbreukmaker en/of door een andere persoon die:

- a) de inbreukmakende goederen op commerciële schaal in zijn bezit blijkt te hebben;
- b) de inbreukmakende diensten op commerciële schaal blijkt te gebruiken;
- c) op commerciële schaal diensten die bij inbreukmakende handelingen worden gebruikt, blijkt te verlenen;

of

d) door een sub a, b of c bedoelde persoon is aangewezen als zijnde betrokken bij de productie, de fabricage of de distributie van deze goederen of bij het verlenen van deze diensten.

2. De in lid 1 bedoelde informatie omvat naargelang passend is:

- a) de naam en het adres van de producenten, fabrikanten, distributeurs, leveranciers en andere eerdere bezitters van de goederen of diensten, alsmede van de beoogde groot- en kleinhandelaren;
- b) inlichtingen over de geproduceerde, gefabriceerde, geleverde, ontvangen of bestelde hoeveelheden, alsmede over de voor de desbetreffende goederen of diensten verkregen prijs.

3. De leden 1 en 2 gelden onverminderd andere regelgeving waarbij:

- a) de rechthebbende ruimere rechten op informatie worden toegekend;
- b) het gebruik van de krachtens dit artikel medegedeelde informatie in burgerlijke of strafzaken wordt geregeld;
- c) de aansprakelijkheid wegens misbruik van het recht op informatie wordt geregeld;
- d) de mogelijkheid wordt geboden te weigeren gegevens te verstrekken die de in lid 1 bedoelde persoon zouden dwingen deelname door hemzelf of door naaste verwanten aan een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht toe te geven;

of

e) de bescherming van de vertrouwelijkheid van informatiebronnen of de verwerking van persoonsgegevens wordt geregeld.”

Bepalingen betreffende de bescherming van persoonsgegevens

– Richtlijn 95/46/EG

16. Artikel 2 van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281, blz. 31), bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚persoonsgegevens’, iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, hierna ‚betrokkene’ te noemen; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van een of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit;
- b) ‚verwerking van persoonsgegevens’, hierna ‚verwerking’ te noemen, elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens;
[...]

17. Artikel 3 van richtlijn 95/46 luidt als volgt:

„1. De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede op de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.
[...]

18. Artikel 7 van richtlijn 95/46 bepaalt:

„De lidstaten bepalen dat de verwerking van persoonsgegevens slechts mag geschieden indien:

[...]

- f) de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren.”

19. Artikel 8 van richtlijn 95/46 luidt als volgt:

„1. De lidstaten verbieden de verwerking van persoonlijke gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt, alsook de verwerking van gegevens die de gezondheid of het seksuele leven betreffen.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer:

[...]

c) de verwerking noodzakelijk is ter verdediging van de vitale belangen van de betrokkene of van een andere persoon indien deze lichamelijk of juridisch niet in staat is van zijn instemming te getuigen;

[...]”

20. Artikel 13 van richtlijn 95/46 bepaalt:

„1. De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in artikel 6, lid 1, artikel 10, artikel 11, lid 1, artikel 12 en artikel 21 bedoelde rechten en plichten indien dit noodzakelijk is ter vrijwaring van

a) de veiligheid van de staat;

b) de landsverdediging;

c) de openbare veiligheid;

d) het voorkomen, het onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of schendingen van de beroepscode voor gereguleerde beroepen;

e) een belangrijk economisch en financieel belang van een lidstaat of van de Europese Unie, met inbegrip van monetaire, budgettaire en fiscale aangelegenheden;

f) een taak op het gebied van controle, inspectie of regelgeving, verbonden, ook al is dit incidenteel, met de uitoefening van het openbaar gezag in de sub c, d en e bedoelde gevallen;

g) de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen.

[...]”

– Richtlijn 2002/58/EG

21. Artikel 1 van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (PB L 201, blz. 37), bepaalt:

„1. Deze richtlijn harmoniseert de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden – met name het recht op een persoonlijke levenssfeer – bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen en

om te zorgen voor het vrij verkeer van dergelijke gegevens en van elektronische-communicatieapparatuur en -diensten in de Gemeenschap.

2. Voor [...] de doelstellingen van lid 1 vormen de bepalingen van deze richtlijn een specificatie van en een aanvulling op richtlijn 95/46/EG. [...]

3. Deze richtlijn is niet van toepassing op activiteiten die niet onder het EG-Verdrag vallen, zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en in geen geval op activiteiten die verband houden met de openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid (met inbegrip van het economische welzijn van de staat wanneer de activiteit verband houdt met de staatsveiligheid) en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied.”

22. Artikel 2 van richtlijn 2002/58 luidt als volgt:

„Tenzij anders is bepaald, zijn de definities van richtlijn 95/46/EG en richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) [...] van toepassing.

Daarnaast wordt in deze richtlijn verstaan onder:

[...]

b) ‚verkeersgegevens’: gegevens die worden verwerkt voor het overbrengen van communicatie over een elektronische-communicatienetwerk of voor de facturering ervan;

[...]

d) ‚communicatie’: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische-communicatiedienst. Dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronische-communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt;

[...]”

23. Artikel 3 van richtlijn 2002/58 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in verband met de levering van openbare elektronische-communicatiediensten over openbare communicatienetwerken in de Gemeenschap.

[...]”

24. Artikel 5 van richtlijn 2002/58 luidt als volgt:

„1. De lidstaten garanderen via nationale wetgeving het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatienetwerken en via openbare elektronische-communicatiediensten. Zij verbieden met name het af luisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen of controleren van de communicatie en de daarmee

verband houdende verkeersgegevens door anderen dan de gebruikers, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig artikel 15, lid 1. Dit lid laat de technische opslag die nodig is voor het overbrengen van informatie onverlet, onverminderd het vertrouwelijkheidsbeginsel.
[...]"

25. Artikel 6 van richtlijn 2002/58 bepaalt:

„1. Verkeersgegevens met betrekking tot abonnees en gebruikers die worden verwerkt en opgeslagen door de aanbieder van een openbaar elektronische-communicatienetwerk of -dienst, moeten, wanneer ze niet langer nodig zijn voor het doel van de transmissie van communicatie, worden gewist of anoniem gemaakt, onverminderd de leden 2, 3 en 5, alsmede artikel 15, lid 1.

2. Verkeersgegevens die noodzakelijk zijn ten behoeve van de facturering van abonnees en interconnectiebetalingen mogen worden verwerkt. Die verwerking is slechts toegestaan tot aan het einde van de termijn waarbinnen de rekening in rechte kan worden aangevochten of de betaling kan worden afgedwongen.

3. De aanbieder van een openbare elektronische-communicatiedienst mag ten behoeve van de marketing van elektronische-communicatiediensten of voor de levering van diensten met toegevoegde waarde de in lid 1 bedoelde gegevens verwerken voor zover en voor zolang dat nodig is voor dergelijke diensten of marketing, indien de abonnee of de gebruiker waarop de gegevens betrekking hebben daartoe zijn toestemming heeft gegeven. Gebruikers of abonnees kunnen hun toestemming voor de verwerking van verkeersgegevens te allen tijde intrekken.
[...]

5. De verwerking van verkeersgegevens overeenkomstig de leden 1 tot en met 4 mag alleen worden uitgevoerd door personen die werkzaam zijn onder het gezag van de aanbieders van de openbare communicatienetwerken of -diensten voor facturering of verkeersbeheer, behandeling van verzoeken om inlichtingen van klanten, opsporing van fraude en marketing van elektronische-communicatiediensten van de aanbieder of de levering van diensten met toegevoegde waarde, en moet beperkt blijven tot hetgeen noodzakelijk is om die activiteiten te kunnen uitvoeren.

6. De leden 1, 2, 3 en 5 zijn van toepassing onverminderd de mogelijkheid voor de bevoegde organen om overeenkomstig de toepasselijke wetgeving in kennis te worden gesteld van verkeersgegevens met het oog op het beslechten van geschillen, in het bijzonder met betrekking tot interconnectie en facturering.”

26. Artikel 15 van richtlijn 2002/58 bepaalt:

„1. De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel

9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, dat wil zeggen de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46/EG. Daartoe kunnen de lidstaten onder andere wetgevingsmaatregelen treffen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren om de redenen die in dit lid worden genoemd. Alle in dit lid bedoelde maatregelen dienen in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.
[...]"

27. Artikel 19 van richtlijn 2002/58 luidt als volgt:

„Richtlijn 97/66/EG wordt ingetrokken met ingang van de in artikel 17, lid 1, bedoelde datum.
Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn 97/66/EG gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn.”

Nationaal recht

28. Artikel 12 van Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (wet 34/2002 inzake de diensten van de informatiemaatschappij en de elektronische handel) van 11 juli 2002 (BOE nr. 166 van 12 juli 2002, blz. 25388; hierna: „LSSI”), met als titel „Verplichting tot bewaring van verkeersgegevens betreffende elektronische communicaties”, luidt als volgt:

„1. De operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, de telecomproviders en de hostingproviders bewaren gedurende een periode van maximaal twaalf maanden de verbindings- en verkeersgegevens betreffende communicaties die tijdens de verstrekking van een dienst van de informatiemaatschappij tot stand zijn gebracht, onder de voorwaarden die zijn vastgesteld in dit artikel en de uitvoeringsbepalingen daarvan.

2. [...] De in dit artikel genoemde operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en serviceproviders mogen de bewaarde gegevens niet gebruiken voor andere dan de in het volgende lid genoemde of de wettelijk toegelaten doeleinden en nemen passende beveiligingsmaatregelen om het verlies of de wijziging van dergelijke gegevens of de niet-geautoriseerde toegang daartoe te voorkomen.

3. De gegevens worden bewaard met het oog op het gebruik ervan in het kader van een strafrechtelijk onderzoek of ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging en worden op desbetreffend verzoek ter beschikking gesteld van de rechters of de rechterlijke instanties of van het openbaar

ministerie. De mededeling van deze gegevens aan de veiligheidsdiensten is onderworpen aan de regels inzake bescherming van persoonsgegevens.
[...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

29. Promusicae is een vereniging zonder winstoogmerk waarvan de leden producenten en uitgevers van muzikale en audiovisuele opnamen zijn. Bij brief van 28 november 2005 heeft zij bij de Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid een verzoek ingediend om voorlopige maatregelen te gelasten tegen Telefónica, een handelsvennootschap die met name actief is als internetprovider.

30. Promusicae heeft verzocht om Telefónica te gelasten, de identiteit en het adres te verstrekken van bepaalde personen aan wie zij internettoegang verschaft en van wie het „IP-adres” en de datum en het uur waarop zij met internet verbonden zijn geweest, bekend is. Volgens Promusicae gebruiken deze personen het zogenaamde „peer-to-peer”- of „p2p”-programma „KaZaA”, dat dient voor het uitwisselen van bestanden, en verlenen zij via de gedeelde map van hun personal computer toegang tot muzieknummers waarvan de exploitatierechten toebehoren aan de leden van Promusicae.

31. Promusicae heeft voor de verwijzende rechter gesteld dat de gebruikers van KaZaA zich schuldig maken aan oneerlijke mededinging en de intellectuele-eigendomsrechten schenden. Zij heeft dus de mededeling van bovengenoemde gegevens gevorderd om tegen de betrokkenen civiele procedures te kunnen instellen.

32. Bij beschikking van 21 december 2005 heeft de Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid het verzoek om voorlopige maatregelen van Promusicae ingewilligd.

33. Telefónica heeft tegen deze beschikking verzet aangetekend. Zij stelt dat volgens de LSSI de door Promusicae gevraagde gegevens slechts mogen worden verstrekt in het kader van een strafrechtelijk onderzoek of wanneer dit nodig is ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging, maar niet in het kader van een civiele procedure of als voorlopige maatregel voorafgaand aan een dergelijke procedure. Volgens Promusicae daarentegen dient artikel 12 LSSI in overeenstemming met verschillende bepalingen van de richtlijnen 2000/31, 2001/29 en 2004/48 en met de artikelen 17, lid 2, en 47 van het Handvest te worden uitgelegd, die de lidstaten niet de mogelijkheid bieden om de verplichting tot verstrekking van de betrokken gegevens te beperken tot de in deze wet met name genoemde gevallen.

34. In deze omstandigheden heeft de Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Kunnen de lidstaten volgens het gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder de artikelen 15, lid 2, en 18 van richtlijn [2000/31], artikel 8, leden 1 en 2, van [richtlijn 2001/29], artikel 8 van richtlijn [2004/48] en de artikelen 17, lid 2, en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepalen dat operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, telecomproviders en hostingproviders de verbindings- en verkeersgegevens betreffende elektronische communicaties die tijdens de verstrekking van een dienst van de informatiemaatschappij tot stand zijn gebracht, slechts ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek of ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging, en dus niet ten behoeve van civiele procedures, dienen te bewaren en ter beschikking te stellen?”

Ontvankelijkheid van de vraag

35. De Italiaanse regering stelt in haar schriftelijke opmerkingen dat uit de overwegingen in punt 11 van de verwijzingsbeslissing blijkt dat de gestelde vraag slechts gerechtvaardigd zou zijn indien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling aldus diende te worden uitgelegd dat de verplichting om persoonsgegevens vrij te geven slechts geldt in het kader van strafrechtelijke onderzoeken of ter waarborging van de openbare veiligheid en de landsverdediging. Aangezien de verwijzende rechter niet uitsluit dat deze regeling ook aldus zou kunnen worden uitgelegd dat zij een dergelijke beperking niet bevat, is deze vraag volgens de Italiaanse regering hypothetisch en dus niet-ontvankelijk.

36. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat in het kader van de samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties waarin artikel 234 EG voorziet, het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het aan hem voorgelegde geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het doen van zijn uitspraak te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt (arrest van 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37. Wanneer de door de nationale rechters gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht, is het Hof dus in beginsel verplicht uitspraak te doen, tenzij duidelijk blijkt dat de prejudiciële vraag in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen of dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (zie arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, reeds aangehaald, punt 17).

38. Wat de verdeling van de verantwoordelijkheden in het kader van het bij artikel 234 EG ingevoerde stelsel van samenwerking betreft, is het juist dat de uitlegging van nationale bepalingen een zaak is van de nationale rechter en niet van het Hof, en het Hof is in het kader van een procedure krachtens dat artikel niet bevoegd om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met bepalingen van gemeenschapsrecht. Het Hof is daarentegen wel bevoegd om de nationale rechter alle gegevens over de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die deze rechter in staat stellen te beoordelen of nationale bepalingen verenigbaar zijn met de gemeenschapsregeling (zie in die zin arresten van 19 september 2006, *Wilson*, C-506/04, Jurispr. blz. I-8613, punten 34 en 35, en 6 maart 2007, *Placanica e.a.*, C-338/04, C-359/04 en 360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 36).

39. Wat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, blijkt evenwel duidelijk uit de motivering van de verwijzingsbeslissing in haar geheel dat de verwijzende rechter van oordeel is dat de uitlegging van artikel 12 LSSI afhangt van de verenigbaarheid van deze norm met de in aanmerking te nemen bepalingen van gemeenschapsrecht en dus van de aan het Hof gevraagde uitlegging van deze bepalingen. Aangezien de uitkomst van het hoofdgeding dus afhangt van deze uitlegging, is de gestelde vraag kennelijk niet hypothetisch, zodat de door de Italiaanse regering aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aanvaard.

40. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is dus ontvankelijk.

Beoordeling van de prejudiciële vraag

41. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het gemeenschapsrecht – in het bijzonder de richtlijnen 2000/31, 2001/29 en 2004/48 – mede beschouwd in het licht van de artikelen 17 en 47 van het Handvest, aldus dient te worden uitgelegd dat de lidstaten ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht de verplichting moeten opleggen om persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure mee te delen.

Inleidende opmerkingen

42. Dat de verwijzende rechter zijn vraag formeel heeft beperkt tot de uitlegging van de richtlijnen 2000/31, 2001/29 en 2004/48 en van het Handvest, belet het Hof niet om hem alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze in zijn vraag worden genoemd (zie arrest van 26 april 2007, *Alevizos*, C-392/05, Jurispr. blz. I-3505, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de in de vraag genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht tot doel hebben dat de lidstaten met name in het kader van de informatiemaatschappij zorgen voor de doeltreffende bescherming van de intellectuele eigendom, in het bijzonder van het auteursrecht, waarop Promusicae in het hoofdgeding aanspraak maakt. De verwijzende rechter gaat er evenwel van uit dat de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen die deze bescherming meebrengt, in het kader van het nationale recht door artikel 12 LSSI kunnen worden uitgehold.

44. Deze wet heeft weliswaar in 2002 de bepalingen van richtlijn 2000/31 in het nationale recht omgezet, maar het staat vast dat artikel 12 van deze wet dient ter uitvoering van de regels inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die overigens ook worden opgelegd door het gemeenschapsrecht, meer bepaald door de richtlijnen 95/46 en 2002/58. Laatstgenoemde richtlijn betreft de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de in het hoofdgeding relevante sector van de elektronische communicatie.

45. Verder wordt niet betwist dat de door Promusicae gevorderde mededeling van de naam en het adres van bepaalde gebruikers van KaZaA impliceert dat persoonsgegevens ter beschikking worden gesteld, dat wil zeggen – volgens de definitie van artikel 2, sub a, van richtlijn 95/46 – informatie betreffende geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen (zie in die zin arrest van 6 november 2003, Lindqvist, C-101/01, Jurispr. blz. I-12971, punt 24). Deze versprekking van informatie die volgens Promusicae door Telefónica wordt opgeslagen – wat deze laatste niet betwist – vormt een verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 2, eerste alinea, van richtlijn 2002/58, gelezen in samenhang met artikel 2, sub b, van richtlijn 95/46. Vastgesteld dient dus te worden dat deze informatieverstrekking binnen de werkingssfeer van richtlijn 2002/58 valt, met dien verstande dat de verenigbaarheid van de opslag zelf van de gegevens met de vereisten van de richtlijn in het hoofdgeding niet aan de orde is.

46. In deze omstandigheden dient eerst te worden nagegaan of richtlijn 2002/58 uitsluit dat de lidstaten ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht de verplichting opleggen om persoonsgegevens mee te delen teneinde de houder van het auteursrecht in staat te stellen op grond van dit recht een civiele procedure in te stellen. In geval van ontkennend antwoord dient vervolgens te worden onderzocht of de drie door de verwijzende rechter uitdrukkelijk genoemde richtlijnen rechtstreeks tot gevolg hebben dat de lidstaten een dergelijke verplichting moeten opleggen. Indien ook deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord, dient ten slotte, om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te verschaffen, uitgaande van het door hem aangehaalde Handvest te worden nagegaan of in een situatie als die van het hoofdgeding andere normen van gemeenschapsrecht zouden kunnen nopen tot een andere lezing van deze drie richtlijnen.

– Richtlijn 2002/58

47. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 bepaalt dat de lidstaten het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatienetwerken en via openbare elektronische-communicatiediensten moeten garanderen en met name in beginsel het opslaan van deze gegevens door anderen dan de gebruikers moeten verbieden, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd. Deze bepaling maakt slechts een uitzondering voor personen die overeenkomstig artikel 15, lid 1, de wettelijke toelating hebben gekregen, en de technische opslag die nodig is voor het overbrengen van informatie. Verder bepaalt artikel 6, lid 1, van richtlijn 2002/58 dat opgeslagen verkeersgegevens moeten worden gewist of anoniem gemaakt wanneer zij niet langer nodig zijn voor het doel van de transmissie van communicatie, onverminderd de leden 2, 3 en 5, alsmede artikel 15, lid 1, van deze richtlijn.

48. De leden 2, 3 en 5 van artikel 6 hebben betrekking op de verwerking van verkeersgegevens die nodig zijn voor de facturering of de marketing van de betrokken diensten of voor de levering van diensten met toegevoegde waarde, maar niet op de mededeling van deze gegevens aan andere personen dan die welke werkzaam zijn onder het gezag van de aanbieders van openbare communicatienetwerken en openbare elektronische-communicatiediensten. Artikel 6, lid 6, van richtlijn 2002/58 heeft enkel betrekking op geschillen tussen aanbieders en gebruikers die verband houden met de redenen waarom de gegevens in het kader van de in de andere leden van dit artikel bedoelde activiteiten worden opgeslagen. Deze bepaling heeft dus duidelijk geen betrekking op een situatie als die waarin Promusicae zich in het hoofdgeding bevindt, en kan dus bij de beoordeling van deze situatie niet in aanmerking worden genomen.

49. Verder bepaalt artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 dat de lidstaten wettelijke maatregelen kunnen treffen ter beperking van de reikwijdte van met name de verplichting om het vertrouwelijke karakter van de verkeersgegevens te garanderen, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale veiligheid, dat wil zeggen de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46.

50. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 biedt de lidstaten dus de mogelijkheid om uitzonderingen vast te stellen op de krachtens artikel 5 van deze richtlijn op hen rustende principiële verplichting om het vertrouwelijke karakter van persoonsgegevens te garanderen.

51. Geen van deze uitzonderingen lijkt evenwel betrekking te hebben op situaties waarin civiele procedures dienen te worden ingesteld. Zij betreffen immers ener-

zijds de nationale veiligheid, de landsverdediging en de openbare veiligheid, die behoren tot het specifieke activiteitendomein van de staten of de overheidsdiensten, dat met de activiteiten van particulieren niets van doen heeft (zie in die zin arrest Lindqvist, reeds aangehaald, punt 43), en anderzijds de vervolging van strafrechtelijke inbreuken.

52. Verder heeft de uitzondering betreffende het onbevoegde gebruik van het elektronische-communicatiesysteem kennelijk betrekking op vormen van gebruik die de goede werking of de veiligheid zelf van het systeem aantasten, zoals met name in het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 bedoelde geval dat de communicatie zonder toestemming van de betrokken gebruikers wordt afgetapt of gecontroleerd. Dergelijke vormen van gebruik, waartegen de lidstaten volgens dit artikel dienen op te treden, houden evenmin verband met situaties die aanleiding kunnen geven tot civiele procedures.

53. Evenwel dient te worden vastgesteld dat artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 de opsomming van bovengenoemde uitzonderingen afsluit met een uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46. Volgens deze bepaling kunnen de lidstaten wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de verplichting om persoonsgegevens vertrouwelijk te behandelen, indien dit noodzakelijk is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Aangezien artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 niet preciseert om welke rechten en vrijheden het gaat, moet deze bepaling aldus worden uitgelegd dat hieruit de wil van de wetgever blijkt om noch de bescherming van het eigendomsrecht, noch gevallen waarin de houders van auteursrechten ter bescherming van dit eigendomsrecht een civiele procedure instellen, van de werkingssfeer ervan uit te sluiten.

54. Vastgesteld dient dus te worden dat richtlijn 2002/58 niet uitsluit dat de lidstaten de verplichting opleggen om in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens mee te delen.

55. Artikel 15, lid 1, van deze richtlijn kan evenwel niet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten dwingt om in de daarin genoemde gevallen een dergelijke verplichting op te leggen.

56. Bijgevolg dient te worden nagegaan of de lidstaten krachtens de drie door de verwijzende rechter genoemde richtlijnen gehouden zijn om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht deze verplichting op te leggen.

De drie door de verwijzende rechter genoemde richtlijnen

57. Zoals reeds gezegd in punt 43 van het onderhavige arrest, hebben de door de verwijzende rechter genoemde richtlijnen tot doel dat de lidstaten met name in het kader van de informatiemaatschappij de doeltreffende bescherming van de intellectuele eigendom en in het bijzonder van het auteursrecht verzekeren. Uit

artikel 1, lid 5, sub, van richtlijn 2000/31, artikel 9 van richtlijn 2001/29 en artikel 8, lid 3, sub e, van richtlijn 2004/48 blijkt evenwel dat een dergelijke bescherming geen afbreuk mag doen aan de vereisten inzake de bescherming van persoonsgegevens.

58. Artikel 8, lid 1, van richtlijn 2004/48 bepaalt weliswaar dat de lidstaten er zorg voor moeten dragen dat de bevoegde rechterlijke instanties tijdens een gerechtelijke procedure wegens inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, op gerechtvaardigd en redelijk verzoek van de eiser kunnen gelasten dat informatie wordt verstrekt over de herkomst en de distributiekkanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken op een intellectuele-eigendomsrecht, maar uit deze bepaling, die dient te worden gelezen in samenhang met lid 3, sub e, van hetzelfde artikel, blijkt niet dat de lidstaten ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht de verplichting moeten opleggen om in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken.

59. De artikelen 15, lid 2, en 18 van richtlijn 2000/31 en artikel 8, leden 1 en 2, van richtlijn 2001/29 vereisen evenmin dat de lidstaten een dergelijke verplichting opleggen.

60. De artikelen 41, 42 en 47 van de TRIPs-overeenkomst, waarop Promusicae zich beroept en in het licht waarvan het gemeenschapsrecht dat een gebied regelt waarop deze overeenkomst van toepassing is, zoals het geval is met de in het onderhavige prejudiciële verzoek genoemde bepalingen, voor zover mogelijk dient te worden uitgelegd (zie in die zin arresten van 14 december 2000, Dior e.a., C-300/98 en C-392/98, Jurispr. blz. I-11307, punt 47, en 11 september 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos, C-431/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35), vereisen weliswaar de doeltreffende bescherming van de intellectuele eigendom en de invoering van een beroep in rechte om deze eigendom te doen eerbiedigen, maar schrijven niet voor dat bovengenoemde richtlijnen aldus worden uitgelegd dat de lidstaten de verplichting moeten opleggen om persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure mee te delen.

De grondrechten

61. De verwijzende rechter verwijst in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing naar de artikelen 17 en 47 van het Handvest, die respectievelijk betrekking hebben op de bescherming van het eigendomsrecht, in het bijzonder van de intellectuele eigendom, en op het recht op een doeltreffend beroep. Aldus wenst de verwijzende rechter te vernemen of de uitlegging van de drie genoemde richtlijnen volgens welke de lidstaten niet gehouden zijn om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht de verplichting op te leggen om in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken, geen schending inhoudt van het fundamentele eigendomsrecht en het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming.

62. Het fundamentele eigendomsrecht, waarvan de intellectuele-eigendomsrechten, zoals het auteursrecht, deel uitmaken (zie in die zin arrest van 12 september 2006, Laderdisken, C-479/04, Jurispr. blz. I-8089, punt 65), en het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming vormen algemene beginselen van gemeenschapsrecht (zie in die zin respectievelijk arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63. Evenwel dient te worden vastgesteld dat in de context waarin de verwijzende rechter deze vraag stelt, naast deze twee rechten nog een ander fundamenteel recht aan de orde is, namelijk het recht op bescherming van persoonsgegevens en dus van de persoonlijke levenssfeer.

64. Volgens de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2002/58 strekt deze richtlijn tot eerbiediging van de grondrechten en beginselen die tot uitdrukking zijn gebracht in met name het Handvest. In het bijzonder strekt deze richtlijn tot volledige eerbiediging van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest bedoelde rechten. Artikel 7 neemt artikel 8 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden grotendeels over, dat het recht op eerbiediging van het privéleven garandeert, en artikel 8 van het Handvest voorziet uitdrukkelijk in het recht op bescherming van de persoonsgegevens.

65. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing werpt aldus de vraag op hoe de vereisten inzake de bescherming van verschillende grondrechten, namelijk enerzijds het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds het recht op bescherming van de eigendom en het recht op een doeltreffend beroep, met elkaar kunnen worden verzoend.

66. De regeling die het mogelijk maakt om een juist evenwicht te vinden tussen deze verschillende rechten en belangen, is vervat in richtlijn 2002/58 zelf, die immers regels bevat die bepalen in welke situaties en in hoeverre de verwerking van persoonsgegevens geoorloofd is en welke beschermingsmaatregelen dienen te worden genomen, alsook in de drie door de verwijzende rechter genoemde richtlijnen, die een voorbehoud maken voor het geval dat de maatregelen die zijn vastgesteld ter bescherming van de hierin vastgestelde rechten, afbreuk zouden doen aan de bescherming van persoonsgegevens. Verder dient deze regeling voort te vloeien uit de nationale bepalingen die de lidstaten ter omzetting van deze richtlijnen vaststellen, en uit de toepassing ervan door de nationale autoriteiten (zie in die zin met betrekking tot richtlijn 95/46 arrest Lindqvist, reeds aangehaald, punt 82).

67. De bepalingen van bovengenoemde richtlijnen zijn vrij algemeen, aangezien zij voor een groot aantal uiteenlopende situaties in alle lidstaten moeten gelden.

De hierin vervatte regels laten de lidstaten dus logischerwijs een – noodzakelijke – beoordelingsmarge om uitvoeringsmaatregelen vast te stellen die kunnen worden aangepast aan de verschillende denkbare situaties (zie in die zin arrest Lindqvist, reeds aangehaald, punt 84).

68. Bij de omzetting van bovengenoemde richtlijnen moeten de lidstaten niettemin erop toezien dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest Lindqvist, reeds aangehaald, punt 87, en arrest van 26 juni 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).

69. Dienaangaande dient er verder aan te worden herinnerd dat de gemeenschapswetgever in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 uitdrukkelijk heeft bepaald dat de in dit lid bedoelde maatregelen door de lidstaten dienen te worden vastgesteld met inachtneming van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, EU.

70. Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat de lidstaten volgens de richtlijnen 2000/31, 2001/29, 2004/48 en 2002/58 niet gehouden zijn, in een situatie als die van het hoofdgeding de verplichting op te leggen om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken. De lidstaten dienen er krachtens het gemeenschapsrecht bij de omzetting van deze richtlijnen wel acht op te slaan dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook acht op slaan dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.

Kosten

71. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de

kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

De lidstaten zijn volgens richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”), richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, en richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende de privacy en elektronische communicatie), niet gehouden, in een situatie als die van het hoofdgeding de verplichting op te leggen om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken. De lidstaten dienen er krachtens het gemeenschapsrecht bij de omzetting van deze richtlijnen wel acht op te slaan dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook acht op slaan dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.

Hof 's Hertogenbosch 22 januari 2008
Otto LCD tv's hoger beroep
LJN-nummer BC2420

E-commerce, aanbod, aanvaarding, wilsgebrek, gerechtvaardigd vertrouwen

Otto bood op haar website een LCD-tv te koop aan voor € 99. Een groot aantal consumenten heeft deze tv besteld. Hof: er is i.c. geen sprake van een geldig aanbod, en dus komt door aanvaarding ervan ook geen overeenkomst tot stand.

Zo het de consument al niet meteen duidelijk behoort te zijn dat hier een vergissing in het spel is, dan is het verschil in prijs zo aanzienlijk dat er in

ieder geval reden is voor twijfel. Ingeval van twijfel omtrent de juistheid van de prijs dient de consument dienaangaande nader onderzoek te verrichten (artikel 3:11 BW). Niet in te zien valt dat dit, zoals de Stichting betoogt, leidt tot wanorde op het internet. Bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen is niet van belang dat Otto de lcd televisie gedurende zeven dagen aanvankelijk voor een prijs van € 99,90, na drie dagen gewijzigd in een prijs van € 99,-, op haar website te koop heeft laten staan. Ook de door Otto tot tweemaal toe verstuurde bevestiging is bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen niet relevant. Het vertrouwen van de consument moet immers zijn gebaseerd op omstandigheden aanwezig ten tijde van de aanvaarding en de bevestiging is eerst daarna ontvangen.

ARREST

gewezen in de zaak van:

STICHTING POSTWANORDER,
gevestigd te Breda,
appellante bij exploit van dagvaarding
van 23 februari 2007,
procureur: mr. J.E. Benner,

tegen

OTTO B.V.,
gevestigd te Tilburg,
geïntimeerde bij gemeld exploit,
procureur: mr. Ph.C.M. van der Ven,

op het hoger beroep van het door de rechtbank Breda in kort geding gewezen vonnis van 31 januari 2007 tussen
appellante - de Stichting - als eiseres
en geïntimeerde - Otto - als gedaagde.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 169126/KG ZA 06- 615)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven (met producties) heeft de Stichting twaalf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot het alsnog toewijzen van het in eerste aanleg gevorderde.

2.2. Bij memorie van antwoord (met producties) heeft Otto de grieven bestreden.

2.3. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten, Otto door mr. J.C.H. van Manen en mr. A.P. Groen en de Stichting door mr. D.A.C. Schreuder en mr. Y.J.H. van Griensven. De raadslieden hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ter zitting heeft Otto een akte overlegging producties genomen welke tevoren tijdig bij brief van 12 november 2007 aan de wederpartij en de griffie van het hof is gezonden.

Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de exacte inhoud van de grieven en de toelichting daarop verwijst het hof naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. In overweging 3.1 van het beroepen vonnis heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. De grieven I en II zijn tegen dit oordeel gericht en komen er in de kern op neer dat het feitenoverzicht onvolledig is. Deze grieven falen in zoverre dat noch de rechtbank noch het hof gehouden is alle aspecten die een van partijen van belang acht voor de beoordeling van het geschil op te nemen in het feitenoverzicht. Daarnaast betwist de Stichting een aantal feiten, maar nu de Stichting nalaat deze betwisting te onderbouwen, gaat het hof daaraan voorbij. Derhalve is het door de rechtbank gegeven feitenoverzicht ook in hoger beroep het uitgangspunt. Omwille van de leesbaarheid van dit arrest wordt hierna in 4.2 een samenvatting geven van de relevante feiten en in 4.3. een omschrijving van het geschil.

4.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

- a) Otto is een postorderbedrijf in consumentenartikelen en heeft een website waarop consumenten bestellingen kunnen plaatsen.
- b) Vanaf vrijdag 20 oktober 2006 heeft Otto op haar website een HD ready breedbeeld lcd televisie, merk Philips, model 32PF3321 met een beeld diameter van 80 cm, te koop aangeboden voor een prijs van € 99,90 (hierna: lcd televisie). Op maandag 23 oktober 2006 heeft Otto deze prijs gewijzigd in € 99,-.
- c) Tot en met 23 oktober 2006 zijn 17 bestellingen voor deze lcd televisie gedaan; deze klanten heeft Otto op 24 oktober 2006 gebeld met de mededeling dat sprake is van een vergissing ten aanzien van de prijs.
- d) Vanaf 24 oktober 2006 is op diverse internetfora de aandacht gevestigd op dit aanbod van Otto en is ook in andere media daaraan aandacht besteed.
- e) Op 26 oktober 2006 heeft Otto in een radio-uitzending van Business Nieuws-radio verklaard dat sprake is van een fout.

- f) Ongeveer 11.490 consumenten hebben via de website van Otto in totaal ongeveer 14.000 lcd televisies besteld voor de prijs van € 99,90 dan wel € 99,-.
- g) Een consument, die via de website van Otto een bestelling doet, krijgt vrijwel onmiddellijk na de bestelling op zijn computerscherm de mededeling (prod. 9 Stichting):

“Bevestiging
Hartelijk dank voor uw bestelling. (...)”.

Daarnaast ontvangt de consument korte tijd later per e-mail een bevestiging van de bestelling met vermelding van de gegevens van de bestelling, waaronder ook de prijs (zie prod. 10 Stichting).

- h) Op 26 oktober 2006 omstreeks 23.20 uur heeft Otto het aanbod van haar site verwijderd.
- i) Bij brief van 27 oktober 2006 (prod. 8a Otto) heeft Otto de bestellers van de lcd televisie bericht dat geen overeenkomst is tot stand gekomen en de bestellingen geannuleerd.
- j) Een aantal bestellers heeft daartegen bezwaar gemaakt en daarop heeft Otto bij (tweede) brief als volgt gereageerd (prod. 8b Otto):

“Recentelijk ontvingen wij van u een bericht waarin u uw onvrede uitte met betrekking tot de gang van zaken en ons aanspoorde om het bestelde product alsnog tegen de onjuiste prijs te leveren. Graag lichten wij ons standpunt nog eens toe.

Een LCD-televisie van dit merk, type en grootte kan niet voor de geadverteerde prijs worden aangeboden, reeds omdat de inkoopwaarde van het product vele malen hoger is dan de geadverteerde prijs. Op onze website worden LCD-televisies met overeenkomstige specificaties slechts aangeboden voor prijzen die vele malen hoger liggen dan de betreffende geadverteerde prijs. Bij het product was ook niet vermeld dat het om een actie of stunt ging. Het zal duidelijk zijn dat wij nooit de bedoeling hebben gehad het product voor de op de website vermelde prijs aan te bieden. Het gaat hier om een kennelijk fout. In het licht van het voorgaande hebben de klanten er in redelijkheid niet op kunnen vertrouwen dat het product daadwerkelijk voor de vermelde prijs werd aangeboden en gekocht kon worden. Er is dan ook geen overeenkomst met u tot stand gekomen.”

- k) Bij notariële akte van 16 november 2006 is de Stichting Postwanorder opgericht (prod. 11 Stichting). Volgens artikel 2 van deze akte heeft de Stichting ten doel de behartiging van consumentenbelangen, meer concreet de belangen van consumenten die onder meer via internet overeenkomsten sluiten, waaronder de belangenbehartiging van hen die in de periode van 20 oktober 2006 tot en met 13.10 uur in de middag van 26 oktober 2006 koopovereenkomsten hebben gesloten, althans een dergelijk standpunt innemen, met OTTO ter zake maximaal een tweetal LCD-televisies, merk Philips, model 32PF3321, voor een bedrag van € 99,- per stuk en/of € 99,90 per stuk.

- l) Bij brief van 21 november 2006 heeft de Stichting Otto verzocht haar schriftelijk te laten weten of zij de overeenkomsten wenst na te komen dan wel met de Stichting in overleg te treden over een minnelijke regeling dan wel ingeval Otto geen overleg wenst de Stichting zulks schriftelijk te laten weten (prod. 12 Stichting).
- m) Otto heeft op beide verzoeken afwijzend gereageerd.

4.3. De Stichting vordert in dit kort geding, kort gezegd, dat Otto wordt veroordeeld tot nakoming van alle overeenkomsten ter zake van één of maximaal twee lcd televisies, die in de periode van 20 oktober 2006 tot en met 13.10 uur in de middag van 26 oktober 2006 tot stand zijn gekomen tussen Otto en alle consumenten voor een prijs van € 99,90 en/of € 99,-. Naar het hof begrijpt, is de vordering van de Stichting strikt genomen beperkt tot de consumenten die zich bij de Stichting hebben aangesloten; volgens de Stichting gaat het om 850 consumenten.

4.4. De Stichting stelt dat er in de periode waarin Otto de bewuste lcd televisie heeft aangeboden voor de prijs van € 99,90 dan wel € 99,- en de consumenten dit aanbod hebben aanvaard, er tussen de consumenten en Otto een perfecte overeenkomst tot stand is gekomen. Er is namelijk rechtens sprake geweest van een aanbod en aanvaarding.

Otto heeft nota bene en ten overvloede door middel van haar tot tweemaal toe (via internet en e-mail) verzonden opdrachtbevestiging de juistheid van haar eerder gedane aanbod bevestigd alsmede de aanvaarding daarvan door de consumenten.

4.5. Otto voert gemotiveerd verweer en stelt dat sprake is geweest van een foutieve vermelding van de prijs. Om technische redenen – er vond in het weekend van 20 oktober 2006 een hardware-update plaats en ten gevolge daarvan waren er gedurende enkele dagen geen aanpassingen van de site mogelijk – is zij er niet in geslaagd terstond na ontdekking de fout te herstellen. Pogingen daartoe hebben om niet opgehelderde technische redenen gefaald waarbij ongelukkigerwijs wél een aanpassing van de prijs van € 99,90 naar € 99,- heeft plaatsgevonden. Otto stelt dat zij nooit de lcd televisie voor een bedrag van € 99,90 c.q. € 99,- heeft willen aanbieden. Dat er sprake was van een vergissing was evident. De bestellers hebben er niet gerechtvaardigd op kunnen vertrouwen dat deze prijs voor dit product juist was, aldus Otto.

4.6. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep de vorderingen van de Stichting afgewezen. De voorzieningenrechter heeft daarbij, kort samengevat, geoordeeld dat de prijsstelling in het aanbod van Otto en de beide bevestigingen van Otto door een websitebezoeker redelijkerwijs niet konden worden opgevat als een weergave van een werkelijk door Otto beoogde prijs.

4.7. De grieven zijn tegen de afwijzing van de vordering gericht. Daarmee ligt het geschil in volle omvang ter beoordeling voor.

Totstandkoming koopovereenkomst

4.8. Partijen verschillen van mening over de vraag of er tussen Otto en de consumenten een koopovereenkomst met betrekking tot de litigieuze lcd televisie tot stand is gekomen. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (artikel 6:217 lid 1 BW). Voor een geldig aanbod evenals voor een geldige aanvaarding – beide eenzijdig gerichte rechtshandelingen – is op grond van artikel 3:33 BW vereist dat de wil en de verklaring van degene die aanbiedt c.q. aanvaardt met elkaar overeenstemmen. Niet in discussie is dat er sprake is van een geldige aanvaarding door de consumenten. In de kern gaat het in dit geschil om de vraag of sprake is van een geldig aanbod van Otto. Eerst als aannemelijk is dat sprake is van een geldig aanbod inzake de lcd televisie is door de aanvaarding van dit aanbod een koopovereenkomst tot stand gekomen en is Otto gehouden tot nakoming daarvan.

Primaire grondslag: wil en verklaring (artikel 3:33 BW)

4.9. Anders dan de Stichting betoogt, heeft Otto naar het voorlopig oordeel van het hof voldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake is van een vergissing (oneigenlijke dwaling). Otto heeft in dat verband genoegzaam aangetoond dat door een fout in haar computersysteem de bij de wandsteun behorende prijs abusievelijk als koopprijs bij de lcd televisie is vermeld. Nog daargelaten dat in een kort geding-procedure de normale regels van stelplicht en bewijslast niet gelden, ook in een bodemprocedure worden aan het bewijs van een innerlijke toestand niet al te hoge eisen gesteld. Dit betekent dat hoogst waarschijnlijk ook in een bodemprocedure het beroep van Otto op het ontbreken van een met haar verklaring overeenstemmende wil gehonoreerd zal worden. Bij de verdere beoordeling wordt er derhalve vanuit gegaan dat het aanbod van Otto om de lcd televisie te koop aan te bieden voor € 99,90 dan wel € 99,- niet in overeenstemming is met de wil van Otto.

4.10. De wetgever verbindt aan een verklaring die niet in overeenstemming met de wil is afgelegd niet de sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid. Ontbeert een verklaring een wil, dan is op grond van artikel 3:33 BW geen sprake van een geldige rechtshandeling, in casu is er dus geen geldig aanbod. Dit betekent dat, anders dan de Stichting betoogt, de artikelen 3:58 en 3:55 BW niet van toepassing zijn.

4.11. De Stichting betoogt voorts dat Otto geen beroep toekomt op artikel 3:33 BW omdat Otto door het tot tweemaal toe verzenden van een opdrachtbevestiging de juistheid van haar eerdere verklaring heeft bevestigd. Otto heeft echter door het verzenden van een bevestiging niet haar wil om de litigieuze lcd televisie voor deze prijs te verkopen bevestigd. Otto heeft daarmee enkel bevestigd dat de bestelling van de consument haar heeft bereikt (artikel 3:37 lid 3 BW). Juist omdat bij een bestelling die via elektronische weg wordt gedaan geen direct menselijk contact plaatsvindt, is – na de implementatie van de Europese richtlijn be-

treffende elektronische handtekeningen – wettelijk vereist dat de dienstverlener, in casu Otto, zo spoedig mogelijk via elektronische weg de ontvangst van de bestelling bevestigt (artikel 6:227 c lid 2 BW). Het betreft dus geen ‘opdrachtbevestiging’ doch enkel een ontvangstbevestiging. Een ontvangstbevestiging geeft geen uitsluitel over de vraag of er al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen. Illustratief in dat verband is de Parl. Gesch. bij de invoering van voornoemde richtlijn (MvT, Kamerstuk 2001/2002, 28197, nr. 3, p. 57 ev.):

“De leden 2 en 3 van het onderhavige artikel (hof: artikel 6:227c BW) geven uitvoering aan het in artikel 11 lid 1 van de richtlijn bepaalde. (...) Aangezien artikel 11 van de richtlijn bewust niet treedt in de vraag wanneer een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, dient dit te worden bepaald aan de hand van de algemene regels inzake totstandkoming van overeenkomsten zoals die in het toepasselijke recht gelden. Voor de onderhavige bepaling is bij deze benadering aangesloten. Naar Nederlands recht zijn ook in het elektronisch rechtsverkeer op de totstandkoming van overeenkomsten in het bijzonder de bepalingen van afdeling 6.5.2. en titel 3.2 BW, die door hun hoge abstractieniveau technologie-neutraal zijn geformuleerd, van toepassing. Ook langs elektronische weg komt een overeenkomst derhalve tot stand indien in juridische zin sprake is geweest van een aanbod dat is aanvaard door de wederpartij (artikel 6:217 lid 1 BW).”

4.12. Aangezien enkel de ontvangst van de bestelling door Otto is bevestigd, kan niet, zoals de Stichting stelt, worden gezegd dat Otto door het versturen daarvan afstand heeft gedaan van haar recht zich op artikel 3:33 BW te beroepen of dat sprake is van rechtsverwerking.

4.13. Daarnaast stelt de Stichting dat het vanwege het versturen van deze bevestiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Otto zich op artikel 3:33 BW beroept. Het hof volgt de Stichting niet in dit standpunt. Naar het voorlopig oordeel van het hof is het veeleer zo dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn als Otto aan haar niet gewilde aanbod gebonden zou zijn. In het onderhavige geval staat tegenover het aanmerkelijke voordeel van de consumenten – verkrijging van een lcd televisie voor slechts € 99,90 of € 99,- – een aanzienlijk nadeel van Otto. Otto heeft namelijk voldoende aannemelijk gemaakt dat de inkoopprijs van de lcd televisie een veelvoud van dit bedrag bedraagt.

4.14. Op grond van het voorgaande is er in ieder geval geen koopovereenkomst tot stand gekomen op grond van artikel 3:33 BW omdat aannemelijk is dat de verklaring van Otto niet in overeenstemming is met haar wil.

Subsidiaire grondslag: gerechtvaardigd vertrouwen (artikel 3:35 BW)

4.15. Echter, ondanks het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil, is Otto toch aan deze verklaring – die op grond van artikel 3:37 lid 4 BW aan haar wordt toegerekend – gebonden ingeval van gerechtvaardigd vertrouwen aan de kant van de consumenten (artikel 3:35 BW). De vraag is dan ook of de consumenten op het moment dat zij dit aanbod hebben aanvaard – dus op het moment dat zij via internet de bestelling deden – onder de gegeven omstandigheden er redelijkerwijze vanuit mochten gaan dat dit aanbod juist was. Luidt het antwoord bevestigend, dan is er op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen een overeenkomst tot stand gekomen (artikel 3:35 BW).

4.16. Bij de beantwoording van deze vraag moet uitgegaan worden van een gemiddelde consument, dat wil zeggen een gemiddeld geïnformeerde consument. Van een consument, die van plan is een lcd televisie te kopen, mag namelijk verwacht worden dat deze zich tevoren globaal heeft georiënteerd op de prijzen van lcd televisies. Wanneer deze consument vervolgens op de website van Otto te koop ziet aangeboden:

- a) een HD ready breedbeeld lcd televisie
- b) van het A-merk Philips
- c) met een beelddiameter van 80 cm
- d) voor een prijs van € 99,90 dan wel € 99,-,
- e) met in rode hoofdletters de vermelding 'NIEUW',
- f) terwijl niet blijkt dat het om een stuntaanbieding, een prijsknaller of een anderszins 'bijzonder' aanbod gaat, dan moet deze consument begrijpen dat sprake is van een vergissing. Een gemiddeld geïnformeerd consument weet immers, althans behoort te weten, dat de prijzen van vergelijkbare lcd televisies variëren van circa € 700,- tot ongeveer € 1.300,-.

4.17. Zo het de consument al niet meteen duidelijk behoort te zijn dat hier een vergissing in het spel is, dan is het verschil in prijs zo aanzienlijk dat er in ieder geval reden is voor twijfel. Ingeval van twijfel omtrent de juistheid van de prijs dient de consument dienaangaande nader onderzoek te verrichten (artikel 3:11 BW). Niet in te zien valt dat dit, zoals de Stichting betoogt, leidt tot wanorde op het internet. Immers, in zijn algemeenheid mag af gegaan worden op de door de dienstverlener vermelde prijzen, alleen ingeval van twijfel is er aanleiding voor nader onderzoek. Een dergelijk onderzoek is ook niet bezwaarlijk. Integendeel. Een van de voordelen van het internet is nu juist dat de consument betrekkelijk eenvoudig, want vanachter de pc, kan achterhalen welke prijzen voor dezelfde of vergelijkbare lcd televisies door andere dienstverleners worden gehanteerd. Ook een eenvoudig telefoontje naar de klantenservice van Otto zou hebben volstaan. In dat geval zou de consumenten zijn bevestigd dat de prijs niet juist was. Laat de consument na nader te onderzoeken, dan wordt deze toch geacht op de hoogte te zijn van de gegevens die een nader onderzoek zou hebben opgeleverd. Kortom:

ook bij twijfel hadden de consumenten kunnen én moeten weten dat de door Otto vermelde prijs een vergissing was.

4.18. Bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen is niet van belang dat Otto de lcd televisie gedurende zeven dagen aanvankelijk voor een prijs van € 99,90, na drie dagen gewijzigd in een prijs van € 99,-, op haar website te koop heeft laten staan. Gelet op het aanzienlijke prijsverschil doet dit er namelijk niet aan af dat duidelijk moet zijn geweest dat het om een vergissing ging.

4.19. Ook de door Otto tot tweemaal toe verstuurde bevestiging is bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen niet relevant. Het vertrouwen van de consument moet immers zijn gebaseerd op omstandigheden aanwezig ten tijde van de aanvaarding en de bevestiging is eerst daarna ontvangen.

Voor zover de Stichting zich ook in het kader van artikel 3:35 BW heeft willen beroepen op afstand van recht, rechtsverwerking dan wel artikel 6:248 lid 2 BW faalt dit om dezelfde redenen als hiervoor in 4.12 en 4.13 vermeld.

4.20. Op grond van het bovenstaande is de voorlopige conclusie van het hof dat de aanvaarding van het aanbod bij gebreke van een met de verklaring overeenstemmende wil en bij gebreke van gerechtvaardigd vertrouwen aan de kant van de consumenten niet leidt tot gebondenheid van Otto.

Het hof acht het voorts niet waarschijnlijk dat de bodemrechter daarover anders zal oordelen.

Nu er geen sprake is van gebondenheid van Otto behoeft de subsidiair door de Stichting gevraagde voorziening geen bespreking.

4.21. Ook voor toewijzing van de vordering inzake de buitengerechtelijke incassokosten is bij gebreke van aansprakelijkheid van Otto geen grondslag aanwezig. De Stichting heeft voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep (zie pleitnota p. 11) ook bij afwijzing van haar vordering verzocht de buitengerechtelijke incassokosten alsmede de proceskosten toe te wijzen. De Stichting stelt daartoe dat Otto 'in alle redelijkheid gehouden is de door de Stichting noodzakelijk gemaakte kosten voor haar rekening te nemen'. Nog daargelaten dat het aanvoeren van een nieuwe grief, behoudens uitzonderingen die zich in casu niet voordoen, na de memorie van grieven niet is toegestaan, faalt deze grief reeds omdat niet valt in te zien op welke grond Otto voor deze kosten aansprakelijk gesteld kan worden. Op grond van artikel 6:1 BW ontstaan verbintenissen slechts als dit uit de wet voortvloeit en ons verbintenissenrecht kent geen verbintenissen die enkel voortvloeien uit de redelijkheid.

4.22. Dit betekent dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. De Stichting zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit hoger beroep, waarbij het hof gelet op de aard van de (primaire) vordering (onbepaalde waarde) uitgaat van tarief II van het liquidatietarief.

5. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt de Stichting in de kosten van het hoger beroep, welke kosten tot aan de dag van de uitspraak worden begroot op € 750,- aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris procureur;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H. Vermeulen, Antens en Pinckaers en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof op 22 januari 2008.

Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 24 januari 2008
eDonkey
IER 2008, 61

Auteursrecht, peer-to-peer netwerk, eDonkey, onrechtmatige daad, structureel en systematisch behulpzaam zijn

Het doel van gedaagde's website is uitsluitend om uit het onoverzichtelijke aanbod van ongeautoriseerde openbaarmakingen die bestanden te selecteren, waarvan vaststaat dat deze de juiste inhoud hebben en niet zijn vervuild met een virus. Vervolgens wordt aan gebruikers de mogelijkheid geboden om die aldus geselecteerde bestanden, overzichtelijk onderverdeeld in categorieën, via het eDonkey netwerk te downloaden. Het is bekend dat ongeveer 95% van de door hem samen met anderen geselecteerde bestanden openbaar zijn gemaakt zonder toestemming van de rechthebbenden. Zijn website faciliteert dus systematisch en structureel het downloaden van bestanden die slechts door inbreuken op rechten van anderen beschikbaar gesteld zijn. Gedaagde genereert hier geen inkomsten mee. Het is uitsluitend een hobby.

Het puur als hobby structureel en systematisch behulpzaam zijn bij het gebruik maken van inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden, is in strijd met de zorgvuldigheid die M. in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig jegens die rechthebbenden wier belang Brein vertegenwoordigt.

Partijen

Stichting Brein,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres bij dagvaarding van 14 december 2007,
adv.: mr. R.M. Brouwer,
proc.: mr. W.A. Roos,

tegen

M.,
te Amstelveen,
gedaagde,
adv. en proc.: mr. E.J. Hengeveld.
Partijen zullen hierna Brein en M. worden genoemd.

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Brein bestrijdt intellectuele eigendomsfraude namens de bij haar aangesloten recht- en belanghebbenden, zoals BUMA, STEMRA, de leden van de International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), de leden van de Motion Picture Association of America (MPA), de leden van de Nederlandse Vereniging van Producenten- en Importeurs van beeld- en geluidsdragers (NVPI, afdelingen audio, video en interactief) en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF). De statuten van Brein vermelden als doelstelling:

“Het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan.
met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.”

2.2. M. is houder en beheerder van de website www.ShareConnector.com (hierna ShareConnector).

Hij heeft de website ook opgezet en ingericht.

2.3. In de periode van medio 2002 tot 12 november 2007 – met een tussenpose van twee jaar waarin ShareConnector offline was vanwege een strafrechtelijk onderzoek jegens haar – werden via ShareConnector recente en populaire speelfilms, televisieseries, muziek, software en computerspellen aangeboden. Voor-

beelden van titels zijn: Ratatouille (film), The Bourne Ultimatum (film), Harry Potter and the Order of the Phoenix (film), Rihanna feat. Jay-Z - Umbrella (muziekalbum), Smashing Pumpkins - Zeitgeist (muziekalbum), Halo 2 (game), Spiderman 3 - The Game (game).

2.4. Het overgrote aandeel van de via ShareConnector aangeboden titels is beschermd op grond van de Auteurswet en/of op grond van de Wet Naburige Rechten.

2.5. Bezoekers van ShareConnector konden de onder 2.3 vermelde werken via ShareConnector in digitale vorm op hun computer downloaden met behulp van het eDonkey netwerk. Het bijzondere van dit netwerk is dat een bestand in stukjes van meerdere computers tegelijk kan worden gedownload en de gedownloade stukjes direct weer door de ontvanger geupload worden aan andere gebruikers. Het zwakke punt in dit peer-to-peer systeem is dat het voor gebruikers moeilijk is om de bestanden te vinden en met name om die bestanden te vinden waarnaar men daadwerkelijk op zoek is. Peer-to-peer netwerken zijn namelijk vervuld met bestanden die niet werken, virussen bevatten of een ander bestand bevatten dan de titel doet vermoeden.

2.6. M. heeft met behulp van anderen alleen de echte en goedwerkende bestanden voor ShareConnector geselecteerd. M. heeft de hashlinks (ook ed2k links genoemd) vervolgens verdeeld in categorieën om de toegankelijkheid van de bestanden te vergroten. Op een afdruk van een pagina van ShareConnector, productie 8, staat voor zover van belang het volgende:

“The ed2k links are verified by the forum users and authenticators, verified ed2k links are submitted on the mainpage and are called releases. All mainpage releases are automatically tagged with ‘ShareConnector’ at the end of each filename. This acknowledges, that the ed2k link is verified by the users of ShareConnector forums, meaning it’s the real deal.”

2.7. Bij vonnis van 25 juli 2007 is M. door de strafrechter van de Rechtbank Rotterdam vrijgesproken van de telastegelegde strafrechtelijke inbreuk op auteursrechten.

2.8. Bij brieven van 25 oktober 2007 en 5 november 2007 heeft Brein M. gesommeerd zijn inbreukmakende (onrechtmatige) handelingen te staken.

2.9. Op een uitdraai van ShareConnector van 13 november 2007 staat de volgende mededeling van M.:

“Last Monday the guys from BREIN visited me at home to convince me to close ShareConnector or else they will start a civil proceeding with a claim. Of course, this does not mean I agree with their point of view, it’s just that I can’t afford taking any risks.

As of today, November 12. 2007 I decided to close down. If there is anything new to report, you will be informed. Thank you for all your support and understanding.”

2.10. In het onderzoeksrapport van 11 december 2007 van TNO staat voor zover van belang het volgende:

“Conclusie:

Uit het door BREIN uitgevoerde steekproefonderzoek lijkt dat naar schatting 95% van de op ShareConnector aanwezige titels verwijst naar een bestand dat illegaal ter beschikking wordt gesteld.
(...)”

3. Het geschil

3.1. Brein vordert – samengevat – M. op straffe van een dwangsom te bevelen iedere inbreuk op de auteursrechten en/of naburige rechten en ieder onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden – meer in het bijzonder door het openbaar (doen) maken respectievelijk ter beschikking (doen) stellen van werken die door auteursrecht en/of naburige rechten worden beschermd – te staken en geslaakt te houden. Brein vordert eveneens een volledige proceskostenveroordeling in de zin van art. 1019h Rv.

3.2. Brein stelt hiertoe het volgende.

Kort samengevat destilleerde ShareConnector uit het enorme aanbod van bestanden dat op het eDonkey netwerk circuleert de meest gezochte en goedwerkende bestanden en zorgde ervoor dat de gebruikers die deze bestanden op hun computer hebben staan of zoeken met elkaar werden verbonden. ShareConnector is speciaal daarvoor opgezet. Gebruikers kunnen op zeer eenvoudige wijze de film, het muziekalbum of de software vinden waarnaar ze op zoek zijn.

Van belang voor de werking van ShareConnector is de hashlink (ook ed2k link genoemd), een unieke identificatiecode waarmee met behulp van eDonkey software verbinding kan worden gemaakt met het eDonkey netwerk om een specifiek bestand te downloaden. De hashlink wordt gedownload op het moment dat de gebruiker op de eDonkey website een titel aanklikt. Het downloaden via ShareConnector van bijvoorbeeld de film The Bourne Ultimatum werkte als volgt:

Een gebruiker gaat naar ShareConnector. Hij kan rondkijken in de verschillende categorieën of zoeken op titel. De gebruiker komt op de subpagina van de film terecht. De gebruiker klikt vervolgens op het naar beneden gerichte pijltje en de hashlink van The Bourne Ultimatum wordt naar de computer van de gebruiker gezonden. De eDonkey software opent automatisch en legt automatisch verbinding met een eDonkey server.

De hashlink instrueert de eDonkey software nu om via de eDonkey server contact te leggen met geselecteerde computers van online gebruikers die The Bourne Ultimatum op hun computer hebben staan. De film wordt vervolgens van de computer van de uploader verzonden naar de computer van de downloader.

De technische stappen die volgden nadat de gebruiker op de hashlink had geklikt

gebeurden automatisch. De gebruiker merkte hier niets van. ShareConnector moedigde haar gebruikers ook aan om zoveel mogelijk te uploaden om er voor te zorgen dat andere gebruikers sneller kunnen downloaden. Daarnaast heeft ShareConnector ook regels aan haar gebruikers gesteld over hoe de site gebruikt moest worden. Bepaalde bestanden mochten niet worden geplaatst en aangeleverde links moesten aan een lijst met eisen voldoen. ShareConnector is totaal onvergelykbaar met een zoekmachine als Google. Google probeert een zo volledig mogelijk overzicht van alle informatie op het internet op te bouwen. Google verifieert of selecteert niet door menselijke tussenkomst de informatie waarnaar wordt verwezen. Google moedigt ook geen auteursrechtinbreuk aan.

3.3. Het via internet ter beschikking stellen van beschermde werken, uitvoeringen, fonogrammen en film is een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 Auteursrichtlijn (2001/29) en een openbaarmaking in de zin van art. 12 Auteurswet, alsmede art. 2 lid 1 sub d, art. 6 lid 1 sub c en art. 7a lid 1 sub c Wet op de naburige rechten. Het begrip openbaarmaking moet volgens de rechtspraak een ruime betekenis worden toegekend.

Vereist is dat het werk op een of andere manier aan het publiek ter beschikking komt. Het aanbieden van een hashlink is niet anders dan het ter beschikking stellen van het bijbehorende bestand. Het downloaden van een hashlink is niet anders dan het downloaden van bijvoorbeeld een film. Dat het bestand ook op een andere manier te vinden was, doet hier niet aan af. Brein is van mening dat M. tezamen met de overige beheerders van ShareConnector zowel in functionele als juridische zin aangemerkt moeten worden als degenen die de bestanden zelf (mede) openbaar hebben gemaakt. Door zonder toestemming van de rechthebbenden bestanden openbaar te maken, heeft M. inbreuk gemaakt op de betreffende auteursrechten en naburige rechten, hetgeen onrechtmatig is jegens Brein en de rechthebbenden.

3.4. Ook overigens heeft M. onrechtmatig gehandeld. M. heeft een systeem opgezet voor de distributie van beschermde bestanden en heeft dit systeem in stand gehouden. ShareConnector verwees overwegend en structureel naar auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde bestanden en faciliteerde en bevorderde daarmee de met de ongeautoriseerde openbaarmaking van de bestanden gepleegde inbreuk op de betreffende rechten. Dit is onrechtmatig.

Voor zover M. aan zou willen voeren dat hij niet alleen, maar samen met anderen heeft gehandeld dan geldt dat het plegen van een onrechtmatige daad in groepsverband eveneens op grond van art. 6:166 BW onrechtmatig is. Ieder lid van de groep is dan hoofdelijk aansprakelijk. Onder meer componisten, tekstdichters en artiesten lopen door de handelwijze van M. inkomsten mis en lijden derhalve grote schade.

Een groot aantal films, games, software en muziek is vele duizenden keren via ShareConnector gedownload.

De schade voor deze titels wegens gederfde inkomsten uit wereldwijde bioscoopvertoning, dvd- en cd-verkoop of verhuur en televisie-uitzending is enorm.

Brein heeft een spoedeisend belang bij de vordering. M. heeft weliswaar ShareConnector offline gehaald, maar kan die beslissing elk moment terugdraaien. M. weigert een onthoudingsverklaring te tekenen. Brein heeft er bovendien belang bij dat M. wordt verboden dat hij zijn inbreukmakende (onrechtmatige) handelingen onder een andere (domein)naam, of met gebruik van andere soortgelijke technieken als eDonkey voortzet. Brein heeft niet stilgezeten. Er is een strafrechtelijk onderzoek tegen M. ingesteld. Brein heeft de afloop van deze zaak afgewacht. Toen echter bleek dat eind 2006 ShareConnector weer online was, heeft Brein weer andere stappen ondernomen. Tot slot bestaat er aanleiding voor een volledige proceskostenveroordeling. De door Brein tegen M. ingestelde acties waren noodzakelijk in het kader van de handhaving van de auteurs- en naburige rechten. Brein vordert vergoeding van de kosten van de advocaat ten bedrage van € 18 975,52 en de kosten voor het door TNO gedane onderzoek ten bedrage van € 9551,52.

3.5. M. voert het volgende verweer.

Brein dient niet-ontvankelijk te worden verklaard omdat het spoedeisende belang ontbreekt in deze zaak. Het betreft immers een geschil dat al drie jaar – sinds december 2004 – bestaat. In december 2004 heeft Brein M. gesommeerd om ShareConnector te sluiten. Hieraan is geen gevolg gegeven. Waarom heeft Brein toen geen kort geding aangespannen? De zaak is toen uit handen gegeven aan de FIOD/ECD. Er heeft een strafzaak plaatsgevonden en in juli 2007 is M. vrijgesproken.

Brein heeft daarna niet meteen geprobeerd langs civiele weg haar gelijk te halen. Er wordt tot november 2007 gewacht met wederom een sommatie aan M. te stoppen met ShareConnector. Na jaren te hebben stilgezeten spant Brein vervolgens een kort geding aan, enkele weken nadat ShareConnector van het net is gehaald. De tweede reden waarom Brein niet-ontvankelijk dient te worden verklaard is dat deze zaak zich inhoudelijk niet leent voor een behandeling in kort geding. Het betreft ingewikkelde materie waarover in een bodemprocedure moet worden beslist.

3.6. De door Brein omschreven werking van eDonkey en ShareConnector is op essentiële punten onjuist. De kwestie is voorgelegd aan een deskundige prof. dr. F. van Harmelen die het volgende hierover uiteen heeft gezet: ‘Een eDonkey server beschikt over de namen en hashcodes van alle bestanden die beschikbaar zijn bij de personal computers in het netwerk. Een hashcode is een unieke karakterisering van de inhoud van een bestand die niet verwijst naar een ‘locatie’ op het internet waar het bestand te vinden is. Om een bestand te downloaden stuurt een gebruiker de naam van een bestand naar de eDonkey server die als antwoord de hashcodes terugstuurt voor bestanden met die naam, alsmede de PC’s die bestanden met die hashcode beschikbaar hebben. De gebruiker stuurt de ontvangen hashcode naar de betreffende PC en krijgt toegang tot het betreffende bestand (het feitelijke ‘downloaden’).

Na de aanmeldfase kan een gebruiker de hashcode van een aangeboden bestand ook aanmelden bij ShareConnector, die deze na verificatie op betrouwbaarheid

van de gegevens, publiceert voor andere gebruikers. Een gebruiker kan vervolgens aan ShareConnector de hashcode voor een bepaalde bestandsnaam opvragen. ShareConnector antwoordt met het sturen van de hashcode. De gebruiker kan vervolgens besluiten om die hashcode te gebruiken om een download te initiëren.’

Het verschil tussen ShareConnector en Google is dat ShareConnector hashcodes (unieke namen voor bestanden) noemt en Google webadressen. Beiden bezitten alleen deze ‘namen’ en niet de betreffende bestanden. De bestanden worden door ShareConnector alleen uitgewisseld tussen uploaders en downloaders en bij Google tussen websites en browsers.

3.7. Om de zaak goed te kunnen beoordelen moeten volgens M. een paar misverstanden uit de weg worden geruimd. Ten eerste werden door ShareConnector geen films, muziek en games aangeboden. Zij bezat die functionaliteit niet en het was technisch ook niet mogelijk.

Uit de uiteenzetting van prof. dr. F. van Harmelen blijkt ook dat de term ‘hash-link’ verwarrend is omdat het lijkt dat het om een link gaat die direct verbinding maakt met een bestand. Beter kan worden gesproken van een hashcode die te vergelijken is met een barcode.

Het geeft alleen aan wat het is en niet waar het is. De hashlink wordt ook niet gedownload. Je kunt kiezen of je ze gebruikt en dat werkt alleen als je als gebruiker daarvoor speciale vrij op het web verkrijgbare en legale software als bijvoorbeeld ‘eMule’ hebt gedownload. ShareConnector gaf alleen een indexering van de hashcodes die binnen het eDonkey netwerk waren aangemaakt. De hashcodes gaven aan wat het was en niet waar die bestanden stonden. Het aanbieden van de bestanden ging via het eDonkey netwerk. In juridisch opzicht kan niet worden gesproken over openbaarmaking door of door middel van ShareConnector. In een tweetal vergelijkbare zaken, waarin Brein zelf partij was, de zoekmp3-zaak en Techno Design-zaak heeft de rechtbank geoordeeld dat geen sprake is geweest van auteursrechtinbreuk omdat men de bestanden niet zelf ter beschikking stelde en evenmin de bestanden via een server doorgeeft. In de DutchTorrent-zaak was ook geen sprake van inbreuk omdat de bestanden rechtstreeks van gebruiker naar gebruiker worden gekopieerd.

3.8. ShareConnector kon niets distribueren. Het bezat die functionaliteit niet en ook niet de bestanden. In de door Brein aangehaalde jurisprudentie, de zoekmp3-zaak en DutchTorrent-zaak, de enige zaken die gaan over het faciliteren van peer-to-peer netwerken, gaat het om een andere technologie. In de genoemde zaken gaat het om het beschikbaar stellen van locators die niet alleen aangeven wat het voor een bestand is, zoals in deze zaak, maar ook waar het is. In de zoekmp3-zaak en de DutchTorrent-zaak kon direct worden doorgelinkt naar de plaats waar het bestand was en kon direct worden gedownload. ShareConnector staat daar een stap verder van af. ShareConnector hoort als portal site niet bij het eDonkey netwerk omdat dit netwerk hier niet van afhankelijk is. ShareConnector controleert ook niet de inhoud van de bestanden. Dit wordt door de peers zelf gedaan. De

peers zelf zetten de ed2k-links op ShareConnector. ShareConnector indexeert uitsluitend wat zich afspeelt binnen het peer-to-peer netwerk en is afhankelijk van de informatie die door de peers op ShareConnector wordt geplaatst. Authenticators verifiëren de opbouw van een link. Aan deze opbouw kunnen ze zien of deze niet een virus bevat of anderszins een vervuild bestand is. Deze verificatie geschiedt binnen het peer-to-peer netwerk en buiten ShareConnector om.

Een 'authenticated' ed2k-link geeft dus inderdaad aan dat het bestand is wat het zegt dat het is. Het is vervolgens aan de gebruiker om dit bestand weer binnen het peer-to-peer netwerk te brengen en met behulp van eMule een zoekopdracht te geven. ShareConnector is neutraal. Het maakt geen onderscheid tussen legaal en illegaal materiaal en bevordert ook niet het gebruik van illegaal materiaal. De uitkomst van het onderzoek van Brein is niet meer dan een weerspiegeling van wat zich binnen het eDonkey netwerk afspeelt. Als er al sprake is van onrechtmatigheid dan moet men dat zoeken in het peer-to-peer netwerk. ShareConnector is slechts vergelijkbaar met Google. Het vergemakkelijkt het zoeken. Mocht toch worden geoordeeld dat ShareConnector het downloaden van illegale bestanden vergemakkelijkt dan is dat niet zonder meer onrechtmatig. Onderzocht dient dan te worden of die handelwijze in de bijzondere omstandigheden van dit geval desalniettemin als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. Een commercieel oogmerk kan daarbij van belang zijn. ShareConnector had echter geen commercieel oogmerk. Er werden op de site ook geen andere producten aangeboden. ShareConnector was een hobby voor M. Wat betreft de schade voert ShareConnector als verweer dat een deugdelijk onderbouwd rapport waaruit blijkt dat door het fenomeen peer-to-peer de omzet van de entertainmentindustrie aanmerkelijk is teruggelopen ontbreekt. Er zijn ook onderzoeken die de andere kant op wijzen. Van geleden schade is vooralsnog geen sprake. De vordering dient te worden afgewezen.

3.9. Tot slot voert ShareConnector aan dat de redelijkheid en billijkheid zich tegen de toewijzing van een veroordeling in de advocaatkosten en de kosten van TNO-onderzoek verzet. M. is een thuiswonende student.

Wat betreft het onderzoek van TNO kan de vraag worden gesteld of dit wel noodzakelijk te maken kosten betreft. Op internet was ook voldoende informatie over dit onderwerp te vinden.

4. De beoordeling

4.1. Brein heeft een spoedeisend belang bij haar vordering strekkend tot het staken van inbreukmakende activiteiten die aanmerkelijke schade kunnen veroorzaken. Daaraan doet niet af dat deze zaak al geruime tijd loopt. Brein heeft eerst langs strafrechtelijke weg getracht M. definitief te weerhouden met ShareConnector door te gaan. Nu dit niet tot dat resultaat heeft geleid, tracht Brein dit langs civielrechtelijke weg te bereiken.

Hoewel ShareConnector sinds 12 november 2007 weer online is, bestaat de kans dat M. ShareConnector weer zal activeren met de door Brein gestelde gevolgen

van dien. M. heeft immers geweigerd een onthoudingsverklaring te tekenen. De voorzieningenrechter is verder op grond van art. 254 lid 1 Rv bevoegd in alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen een onmiddellijke voorziening bij voorraad is vereist, deze ook te geven. De omstandigheid dat de zaak volgens M. ingewikkeld is, staat dan ook niet aan de ontvankelijkheid van Brein in de weg.

4.2. Uitgangspunt is dat het beschikbaar stellen via internet van bestanden een openbaarmaking van die bestanden in de zin van de Auteurswet 1912 vormt. Dit betekent dat aan het ophalen van die bestanden noodzakelijkerwijs een auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk relevante openbaarmaking voorafgaat. Niet is betwist dat voor het openbaar maken van het merendeel van de op ShareConnector genoemde bestanden (95%) geen toestemming door de rechthebbenden is verleend en dat die openbaarmakingen dus inbreuken op de rechten van de rechthebbenden vormen.

4.3. ShareConnector beschikt zelf niet over bestanden en kan deze dus ook niet aanbieden. M. al dan niet samen met anderen, selecteert en indexeert de via het eDonkey netwerk beschikbare bestanden en maakt deze geselecteerde bestanden toegankelijk via het eDonkey peer-to-peer-netwerk. Hieruit volgt dat M. niet zelf die bestanden openbaar maakt. Het feit dat hij die openbaarmaking door anderen via ShareConnector faciliteert, maakt dit niet anders. Van een door hem gepleegde inbreuk op de Auteurswet en/of de Wet op de naburige rechten is dan ook niet gebleken.

4.4. Vervolgens komt de vraag aan de orde of M. door zijn handelwijze onrechtmatig jegens de rechthebbende handelt. In beginsel staat het M. vrij om op internet beschikbare bestanden te selecteren en te indexeren en vervolgens die bestanden voor anderen toegankelijk te maken. De vraag is of, gelet op de omstandigheden van dit geval, die handelwijze toch als onrechtmatig moet worden aangemerkt.

4.5. De volgende omstandigheden zijn daarbij van belang. Het doel van de website is uitsluitend om uit het onoverzichtelijke aanbod van ongeautoriseerde openbaarmakingen die bestanden te selecteren, waarvan vaststaat dat deze de juiste inhoud hebben en niet zijn vervuild met een virus. Vervolgens wordt aan gebruikers de mogelijkheid geboden om die aldus geselecteerde bestanden, overzichtelijk onderverdeeld in categorieën, via het eDonkey netwerk te downloaden. Het is bekend dat ongeveer 95% van de door hem samen met anderen geselecteerde bestanden openbaar zijn gemaakt zonder toestemming van de rechthebbenden. Zijn website faciliteert dus systematisch en structureel het downloaden van bestanden die slechts door inbreuken op rechten van anderen beschikbaar gesteld zijn. M. genereert hier geen inkomsten mee. Het is uitsluitend een hobby. Voorshands is voldoende aannemelijk dat door het op internet beschikbaar zijn van die ongeautoriseerde bestanden, de rechthebbenden schade lijden. Het puur

als hobby structureel en systematisch behulpzaam zijn bij het gebruik maken van inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden, is in strijd met de zorgvuldigheid die M. in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig jegens die rechthebbenden wier belang Brein vertegenwoordigt.

4.6. De vordering van Brein tot het staken van de onrechtmatige handelingen is toewijsbaar als na te melden. De dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

4.7. M. zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure worden veroordeeld. Nu de vordering voor zover gebaseerd op de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten, wordt afgewezen, is er geen grond voor een veroordeling in de volledige proceskosten. Ook de voor het TNO-onderzoek gemaakte kosten komen niet voor toewijzing in aanmerking. M. heeft de noodzaak voor het maken van deze kosten betwist. De vraag of die kosten terecht zijn gemaakt zal in een bodemprocedure moeten worden beslist.

5 . De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. Beveelt M. om, binnen 24 uur na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden ieder onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden wier belang Brein vertegenwoordigt, door te bevorderen dat auteurs- en nabuurrechtelijke inbreuken plaatshebben door het ter beschikking stellen met behulp van de domeinnaam 'ShareConnector' of anderszins van hashcodes of -links, al dan niet via andere netwerken, naar auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk beschermde werken, die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn openbaar gemaakt, alsmede het doen of laten verrichten van zodanige onrechtmatige handelingen en het daarbij direct of indirect betrokken zijn.

5.2. Bepaalt dat M. voor iedere dag of dagdeel dat hij niet aan het onder 5.1 vermelde bevel heeft voldaan aan Brein een dwangsom verbeurt van € 1000 tot een maximum van € 100 000.

Noot

1. Met het open-source filesharing-programma eMule kan met behulp van zoektermen op het eDonkey2000 netwerk (ed2k) gezocht worden naar bestanden die bij een of meer gebruikers van het eDonkey netwerk op de computer staan. Deze kunnen vervolgens (in porties, afkomstig van verschillende computers) worden gedownload. Elk bestand is voorzien van een unieke hashcode, dat is een voor eDonkey begrijpelijk alter-ego van een bestand. Een praktisch nadeel van het eDonkey netwerk is dat er veel met bijvoorbeeld een virus vervuilde bestanden op rondgaan.

2. De website www.shareconnector.com bevat een op titel doorzoekbaar overzicht van hashcodes van niet-vervuilde bestanden. Het gaat daarbij in 95% van de gevallen (aldus TNO-rapport 2007) om auteursrechtelijk beschermde werken. Internetgebruikers die bijvoorbeeld op zoek waren naar de nieuwste Spielberg-film konden op ShareConnector (SC) terecht voor de hashcode van het goed werkende, niet vervuilde bestand. Deze hashcode kon worden gedownload en vervolgens (automatisch) in eMule ingevoerd zodat het downloaden kon worden gestart. ShareConnector linkte dus niet naar de beschermde werken, maar voorzag in een directe downloadinstructie met behulp van het programma eMule. Gebruikers van ShareConnector droegen mede bij aan de website door zelf hashcodes aan te bieden die door de redactie van ShareConnector werden geverifieerd.
3. Nadat de strafrechtelijke vervolging wegens opzettelijke auteursrechtinbreuk niet had geleid tot veroordeling van de eigenaar van ShareConnector ('M'),¹ entameerde Brein een kort geding en ging daarbij voor twee ankers liggen: inbreuk op auteursrecht en onrechtmatig handelen. Volgens Brein wordt inbreuk gemaakt op het auteursrecht van de door haar vertegenwoordigde rechthebbers omdat (r.o. 3.2): 'Het aanbieden van een hashlink niet anders [is] dan het ter beschikking stellen van het bijbehorende bestand. Het downloaden van een hashlink is niet anders dan het downloaden van bijvoorbeeld een film' (...) 'Brein is van mening dat M. tezamen met de overige beheerders van ShareConnector zowel in functionele als juridische zin moeten worden aangemerkt als degenen die zelf (mede) openbaar hebben gemaakt'. Brein pleit hiermee voor een functionele uitleg van het openbaarmakingsbegrip. Hij die op welke wijze dan ook toegang mogelijk maakt tot een werk of de locatie waar het te vinden is aanwijst, maakt het werk in functioneel opzicht openbaar.
4. De voorzieningenrechter volgt deze redenering niet. Gedaagde selecteert en indexeert de via het eDonkey netwerk beschikbare bestanden en maakt deze toegankelijk via het eDonkey peer-to-peer netwerk, maar beschikt niet zelf over de bestanden en maakt dus niet zelf openbaar (r.o. 4.3). Deze uitkomst verrast niet. In de rechtspraak kunnen geen aanknopingspunten gevonden worden voor een functioneel openbaarmakingsbegrip. Dat het enkele toegankelijk maken van bestanden niet als openbaarmakingshandeling wordt aangemerkt, is ook geoordeeld in onder meer de zaak Techno Design, waarin is beslist dat links op de website van Techno Design (www.zoekmp3.nl) die verwezen naar auteursrechtelijk beschermde informatie op een andere server dan die waarvan gelinkt werd, geen primaire openbaarmaking in de zin van de Auteurswet vormden. Evenmin was sprake van secundaire openbaarmaking nu het werk niet werd doorgegeven via de site van waaraf gelinkt werd. Dit deel van de rechtbankuitspraak bleef intact in het hoger beroep.² Deze lijn werd onverkort gevolgd in de Dutchtorrent-zaak uit 2007.³

1. Rb. Rotterdam 25 januari 2007, LJN: BB0268.

2. Rb. Haarlem 12 mei 2004, AMI 2004-5, p. 185–193; Hof Amsterdam 15 juni 2006, AMI 2006, p. 173 (Techno Design/Brein).

3. Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, Rechtspraak.nl, LJN: AZ5678 (Dutchtorrent).

5. Kansrijker was dan ook de actie uit onrechtmatige daad. Hoewel het in beginsel iedereen vrijstaat om op internet beschikbare bestanden te selecteren en te indexeren en die vervolgens voor anderen toegankelijk te maken, wordt dit in deze uitspraak in de gegeven omstandigheden als onrechtmatig aangemerkt. Daarbij speelt volgens de voorzieningenrechter een rol dat het doel van de website uitsluitend is om uit het onoverzichtelijke aanbod van ongeautoriseerde openbaarmakingen die bestanden te selecteren, waarvan vaststaat dat deze de juiste inhoud hebben en niet zijn vervuild met een virus. Bovendien wordt aan gebruikers de mogelijkheid geboden om de geselecteerde bestanden – waarvan is komen vast te staan dat 95% is openbaargemaakt zonder toestemming van de maker – overzichtelijk onderverdeeld in categorieën, via het eDonkey netwerk te downloaden. De website faciliteert zo systematisch en structureel het downloaden van bestanden die door inbreuk op rechten van anderen beschikbaar zijn gesteld.
6. Interessant in onderhavig vonnis is vooral het vastgestelde ontbreken van een winstoogmerk van de websitehouder. In de eerder besproken rechtspraak was steeds sprake van diensten die de websitehouders geld opleverden door bijvoorbeeld het plaatsen van advertenties op de site. In zowel de Techno Design als de zoekmp3-zaak was dat een van de doorslaggevende aspecten bij het oordeel over de onrechtmatigheid. Anders dan in die zaken oordeelt de voorzieningenrechter in het onderhavige geval dat het bij wijze van hobby structureel en systematisch behulpzaam zijn bij het gebruikmaken van door derden gemaakte inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden, in strijd is met de zorgvuldigheid die gedaagde in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat dit handelen van de hobbyist-websitehouder schadelijk is voor de door Brein vertegenwoordigde rechthebbenden wil de voorzieningenrechter wel aannemen.

MdCB

Rechtbank 's-Hertogenbosch 4 februari 2008
Virtuele kinderporno
LJN-nummer BC3225

Virtuele kinderporno

Veroordeling voor onder meer ontuchtige handelingen plegen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren, meermalen gepleegd; poging tot verleiding van iemand beneden de leeftijd van 18 jaren; en kinderporno verspreiden en in het bezit hebben. Het betreffende filmpje is volledig virtueel gemaakt op de computer en daarvoor zijn geen echte mensen gebruikt. De rechtbank heeft uit de bewijsmiddelen de overtuiging gekregen dat hier sprake is van een virtueel meisje dat als het ware in de prepuberteit is en

dat dus de kennelijke leeftijd van achttien jaar bij lange na niet heeft bereikt, alsmede dat het gebeuren, incl. de afgebeelde personen, weliswaar voor volwassenen van echt is te onderscheiden, maar niet voor het gemiddelde kind. In verband met dat laatste merkt de rechtbank op dat dit naar haar oordeel in het onderhavige geval de criteriumfiguur moet zijn waartegen wordt getoetst, zulks temeer nu de maker van het filmpje blijkens de zo-even weergegeven titel en aankondiging, de cursusachtig aandoende weergave van manuele bevrediging en de vrolijke omlijsting op die doelgroep mikt. Deze conclusies verhouden zich naar het oordeel van de rechtbank bij uitstek met de toegevoegde grond voor strafbaarstelling, te weten 'bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.'

VERKORT VONNIS van de rechtbank 's-Hertogenbosch, meervoudige kamer voor de behandeling van strafzaken, in de zaak tegen:

[verdachte]
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1955,
wonende te [woonplaats] [adres]

Dit vonnis is op tegenspraak gewezen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting van 21 januari 2008.

De rechtbank heeft kennisgenomen van de vordering van de officier van justitie en van hetgeen van de zijde van verdachte naar voren is gebracht.

De tenlastelegging.

De zaak is aanhangig gemaakt bij dagvaarding van 20 december 2007.

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. hij in of omstreeks de periode van [geboortedatum] 2005 tot en met 07 juni 2007 te 's-Hertogenbosch, met een persoon genaamd [slachtoffer 1] geboren op [geboortedatum] 2001, die toen de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt, buiten echt, een of meer ontuchtige handeling(en) heeft gepleegd, bestaande uit:

- het tonen van een of meer (kinder)pornografische films aan [slachtoffer 1]
- het tonen van een of meer (kinder)pornografische foto's aan [slachtoffer 1]
- het op schoot nemen van [slachtoffer 1]
- het (met zijn hand) over/tegen de vagina van [slachtoffer 1] wrijven/drukken;
- het drukken van zijn, verdachtes, tong tegen de tong van [slachtoffer 1]

[artikel 247 Wetboek van Strafrecht]

2. hij in of omstreeks de periode van [geboortedatum] 2005 tot en met 7 juni 2007 te 's-Hertogenbosch, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om door giften of beloften van geld of goed (te weten het aanbieden van een lolly en/of (ander) snoepgoed) of misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding, een persoon genaamd [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum] 2001) waarvan verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, opzettelijk te bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden,

- [slachtoffer 1] zijn, verdachtes, ontblote penis, heeft getoond, en/of
- [slachtoffer 1] heeft gevraagd zijn, verdachtes, ontblote penis vast te pakken en/of in de mond te nemen en/of aan deze penis te likken, terwijl de uitvoering van het voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

[artikel 248a juncto 45 Wetboek van Strafrecht]

3. hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 8 juni 2007 te 's-Hertogenbosch, in elk geval in Nederland, één of meermalen een afbeelding en/of een gegevensdrager (een of meer harddisk(s) van (een) computer(s)) en/of (computer)bestanden en/of (een) diskette(s) en/of dvd('s) en/of cd-rom(s) en/of videoband(en)), bevattende één of meerdere afbeeldingen van seksuele gedragingen, bij welke vorenbedoelde afbeelding(en) (telkens) een of meer perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had(den) bereikt, was/waren betrokken en/of schijnbaar betrokken (telkens) heeft verspreid en/of vervaardigd en/of openlijk tentoongesteld en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of in bezit heeft gehad, te weten (digitale) afbeeldingen/foto's/films van een of meer (naakte en/of deels naakte) perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet hadden bereikt en die (een) seksuele gedraging(en) met zichzelf en/of een of meer andere perso(o)n(en) verrichten en/of laten verrichten, en/of die op zodanige wijze poseren en/of zijn afgebeeld, dat hun (ontblote) geslachtsdelen nadrukkelijk en/of uitdagend in beeld zijn gebracht, en/of die op zodanige wijze poseren en/of zijn afgebeeld, dat dit kennelijk (mede) is bedoeld om seksuele prikkeling op te wekken; en/of bestaande die seksuele gedraging(en) onder meer uit

- een baby, althans een meisje van ongeveer 1 a 2 jaar oud, die/dat herhaaldelijk althans een keer door een man met een stijve penis in haar anus wordt geperforeerd;
- een meisje van ongeveer 4 a 7 jaar (met ontbloot bovenlichaam) dat de stijve penis van een man in haar vagina heeft;
- een meisje van ongeveer 5 a 6 jaar, (met ontbloot bovenlichaam) dat de stijve penis van een man in haar mond heeft;
- een meisje van ongeveer 11 jaar, (met ontbloot bovenlichaam) dat een witte substantie op haar borst heeft, terwijl boven haar borst een stijve penis is te zien;
- een meisje van ongeveer 5 jaar ([slachtoffer 1]) dat haar truitje omhoog houdt en/of haar blote borst/buik toont;

- een (virtuele afbeelding van een) meisje van ongeveer 8 jaar dat (met ontbloot lichaam) de (jeugdige) kijker toont hoe zij een (virtuele afbeelding van een) man aftrekt;

[artikel 240b Wetboek van Strafrecht]

De geldigheid van de dagvaarding

De dagvaarding voldoet aan alle wettelijke eisen.

De bevoegdheid van de rechtbank

Krachtens de wettelijke bepalingen is de rechtbank bevoegd van het tenlastegelegde kennis te nemen.

De ontvankelijkheid van de officier van justitie

Bij het onderzoek ter terechtzitting zijn geen omstandigheden gebleken, die aan de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de weg staan.

Schorsing der vervolging

Bij het onderzoek ter terechtzitting zijn geen gronden voor schorsing der vervolging gebleken.

Bijzondere overwegingen omtrent het bewijs

- Overweging ten aanzien van feit 1:

Uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken dat verdachte op meerdere tijdstippen binnen de ten laste gelegde periode te 's-Hertogenbosch één of meer van de ten laste gelegde handelingen heeft gepleegd. De rechtbank leest het onder feit 1 ten laste gelegde aldus dat de steller van de tenlastelegging heeft bedoeld al deze tijdstippen onder het onder feit 1 ten laste gelegde te begrijpen. Blijkens het onderzoek ter terechtzitting is verdachte hierdoor niet in zijn verdediging geschaad.

- Overweging ten aanzien van feit 3, vijfde gedachtestreepje:

Uit het onderzoek ter terechtzitting is komen vast te staan dat verdachte de hier beschreven foto van [slachtoffer 1] zelf te 's-Hertogenbosch heeft vervaardigd binnen de ten laste gelegde periode. Met betrekking tot dit gedachtestreepje zal dan ook worden bewezen verklaard dat verdachte deze foto niet alleen in zijn bezit heeft gehad, maar ook – in tegenstelling tot het overige aangetroffen materiaal – zelf heeft vervaardigd.

- Overwegingen ten aanzien van feit 3, zesde gedachtestreepje ([bestand 1]’):
In haar proces-verbaal stelt [verbalisant 1], die is verbonden aan het KLPD-team

Bestrijding Kinderpornografie, dat dit filmpje volledig virtueel is gemaakt op de computer en dat daarvoor geen echte mensen zijn gebruikt. De rechtbank dient derhalve de vraag te beantwoorden of hier sprake is van een afbeelding van een seksuele gedraging 'waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, schijnbaar is betrokken', een en ander zoals bedoeld in artikel 240b eerste lid van het Wetboek van Strafrecht. De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt.

Het bestanddeel 'schijnbaar is betrokken' is geïntroduceerd bij Wet van 13 juli 2002, Stb. 2002, 388. De rechtbank legt het bestanddeel daarom uit in het licht van de historie van deze wet, alsmede van de ratio zoals die uit de recente wetsgeschiedenis naar voren komt. Daarbij slaat zij acht op de internationaal- en Europeesrechtelijke achtergrond. Met de wetswijziging geeft Nederland immers uitvoering aan artikel 9 eerste lid jo. tweede lid, aanhef en onder c, van het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken (ook wel genaamd 'Cybercrimeverdrag', Trb. 2004, 290), alsmede aan artikel 3 eerste lid jo. artikel 1, aanhef en onder b, iii, van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie ([bestand 2]). Die bepalingen verlangen, kort weergegeven, strafbaarstellingen met betrekking tot realistische afbeeldingen van niet-bestaande kinderen in verband met expliciet seksueel gedrag. Uit de nota naar aanleiding van het verslag van de vaste Tweede Kamercommissie voor Justitie (Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 8-14) en de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 2-9) blijkt het volgende. Met de wetswijziging is beoogd de reikwijdte van artikel 240b eerste lid van het Wetboek van Strafrecht uit te breiden tot zogenaamde virtuele kinderporno. Het bestanddeel 'kennelijk' (ten aanzien van de leeftijd) heeft de regering in dit verband bewust gehandhaafd, omdat het bewijs van de leeftijd bij een virtuele persoon niet valt te leveren, omdat die geen echte leeftijd heeft. De minister stelt vervolgens dat aan de hand van de afbeelding een schatting moet worden gemaakt van de leeftijd, waarbij rekening wordt gehouden met alle lichaamskenmerken die enige indicatie kunnen geven omtrent de leeftijd van de desbetreffende persoon, geslachtskenmerken daaronder begrepen. Voor de 'schijnbare betrokkenheid', dus voor virtuele kinderpornografie, is volgens de minister voldoende dat de afgebeelde persoon op een echt kind lijkt. Zijns inziens valt een afbeelding waaruit aanstonds blijkt dat het gaat om een gemanipuleerde afbeelding die niet realistisch is of om een creatieve uiting van de menselijke geest, niet onder de reikwijdte van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. De ratio van de strafbaarstelling is niet langer louter gelegen in de bescherming van de afgebeelde jeugdige, maar ook in de 'bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.' [verbalisant 1] stelt in haar analyse van het betreffende filmpje dat daarop een virtueel meisje van ongeveer 8 jaar oud is te zien; leeftijdschatting vindt blijkens haar proces-verbaal plaats op basis van lichaamskenmerken. Voorts houdt de ana-

lyse zakelijk weergegeven in dat dit meisje na de in beeld gebrachte titel 'Sex Lessons for young girls' en de aankondiging 'Lessons jerking and facial' duidelijk zichtbaar voor de 'camera' haar vinger op de mond legt en zo een stiltegebaar maakt, waarna zij een virtuele man aftrekt die dan op haar gezicht ejaculeert. Daarbij lijkt het meisje de kijker soms toe te spreken. Verbalisante relateert ook dat het meisje lacht naar de camera en dat aan het einde kleurige ballen en slingers in beeld verschijnen en een volwassene zichtbaar applaudisseert. Ter terechtzitting heeft de rechtbank dit handelen bij gelegenheid van het afspelen van het filmpje ook zelf waargenomen. Zij heeft ter terechtzitting bovendien zelf waargenomen dat het meisje geen borstontwikkeling en geen schaamhaar heeft en qua postuur niet volgroeid is. Ten slotte heeft de rechtbank ter terechtzitting waargenomen dat het hier geen fysiek bestaande personen betreft, maar een animatie. Uit deze wettige bewijsmiddelen heeft de rechtbank de overtuiging gekregen dat hier sprake is van een virtueel meisje dat als het ware in de prepuberteit is en dat dus de kennelijke leeftijd van achttien jaar bij lange na niet heeft bereikt, alsmede dat het gebeuren, incl. de afgebeelde personen, weliswaar voor volwassenen van echt is te onderscheiden, maar niet voor het gemiddelde kind. In verband met dat laatste merkt de rechtbank op dat dit naar haar oordeel in het onderhavige geval de criteriumfiguur moet zijn waartegen wordt getoetst, zulks temeer nu de maker van het filmpje blijkens de zo-even weergegeven titel en aankondiging, de cursusachtig aandoende weergave van manuele bevrediging en de vrolijke omlijsting op die doelgroep mikt. Deze conclusies verhouden zich naar het oordeel van de rechtbank bij uitstek met de toegevoegde grond voor strafbaarstelling, te weten 'bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.'

De bewezenverklaring

De rechtbank acht, op grond van de feiten en omstandigheden die zijn vervat in de bewijsmiddelen, wettig en overtuigend bewezen, dat verdachte

1. in de periode van 21 augustus 2005 tot en met 7 juni 2007 te 's-Hertogenbosch, met een persoon genaamd [slachtoffer 1] geboren op [geboortedatum] 2001, die toen de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen heeft gepleegd, bestaande uit:

- het tonen van kinderpornografische films aan [slachtoffer 1]
- het tonen van kinderpornografische foto's aan [slachtoffer 1]
- het op schoot nemen van [slachtoffer 1]
- het (met zijn hand) over/tegen de vagina van [slachtoffer 1] wrijven/drukken;
- het drukken van zijn, verdachtes, tong tegen de tong van [slachtoffer 1]

2. in de periode van 21 augustus 2005 tot en met 7 juni 2007 te 's-Hertogenbosch, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om door giften of beloften van goed (te weten het aanbieden van een lolly of ander snoepgoed) of

misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht, een persoon genaamd [slachtoffer 1] (geboren op [geb[geboortedatum] 2001) waarvan verdachte wist dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, opzettelijk te bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden,

- [slachtoffer 1] zijn, verdachtes, ontblote penis, heeft getoond, en
- [slachtoffer 1] heeft gevraagd zijn, verdachtes, ontblote penis vast te pakken en in de mond te nemen of aan deze penis te likken, terwijl de uitvoering van het voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

3. in de periode van 1 december 2004 tot en met 8 juni 2007 te 's-Hertogenbosch meermalen een afbeelding en/of een gegevensdrager (harddisks van computers en (computer)bestanden endiskettes en dvd's en cd-roms en videobanden), bevattende één of meerdere afbeeldingen van seksuele gedragingen, bij welke vorenbedoelde afbeeldingen telkens een of meer perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had(den) bereikt, was/waren betrokken of schijnbaar betrokken heeft vervaardigd en in bezit heeft gehad, te weten (digitale) afbeeldingen/foto's/films van een of meer (naakte en/of deels naakte) perso(o)n(en) die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet hadden bereikt en die (een) seksuele gedraging(en) met zichzelf en/of een of meer andere perso(o)n(en) verrichten en/of laten verrichten, en/of die op zodanige wijze poseren en/of zijn afgebeeld, dat hun (ontblote) geslachtsdelen nadrukkelijk en/of uitdagend in beeld zijn gebracht, en/of die op zodanige wijze poseren en/of zijn afgebeeld, dat dit kennelijk (mede) is bedoeld om seksuele prikkeling op te wekken; en bestaande die seksuele gedraging(en) onder meer uit

- een meisje van ongeveer 1 à 2 jaar oud, dat herhaaldelijk door een man met een stijve penis in haar anus wordt gepenetreerd;
- een meisje van ongeveer 4 à 7 jaar (met ontbloot bovenlichaam) dat de stijve penis van een man in haar vagina heeft;
- een meisje van ongeveer 5 à 6 jaar, (met ontbloot bovenlichaam) dat de stijve penis van een man in haar mond heeft;
- een meisje van ongeveer 11 jaar, (met ontbloot bovenlichaam) dat een witte substantie op haar borst heeft, terwijl boven haar borst een stijve penis is te zien;
- een meisje van ongeveer 5 jaar ([slachtoffer 1]) dat haar truitje omhoog houdt en haar blote borst/buik toont;
- een virtuele afbeelding van een meisje van ongeveer 8 jaar dat met ontbloot lichaam de (jeugdige) kijker toont hoe zij een virtuele afbeelding van een man aftrekt.

De bewijsmiddelen worden slechts gebezigd met betrekking tot het feit waarop zij in het bijzonder betrekking hebben.

Hetgeen meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven bewezen is verklaard, is naar het oordeel van de rechtbank niet bewezen. Verdachte zal hiervan worden vrijgesproken.

De kwalificatie

Het bewezenverklaarde levert op de in de uitspraak vermelde strafbare feiten.

De strafbaarheid

Er zijn geen feiten of omstandigheden gebleken die de strafbaarheid van de feiten of van de verdachte uitsluiten. Verdachte is daarom strafbaar voor hetgeen te zijnen laste bewezen is verklaard.

Toepasselijke wetsartikelen

De beslissing is gegrond op de artikelen:

Wetboek van Strafrecht art. 9, 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 22c, 22d, 24c, 27, 36f, 45, 57, 240b, 247, 248a.

DE OVERWEGINGEN DIE TOT DE BESLISSING HEBBEN GELEID

De eis van de officier van justitie

Ten aanzien van feit 1, 2 en 3:

- een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden waarvan 8 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 3 jaren met aftrek overeenkomstig artikel 27 van het Wetboek van Strafrecht;

Ten aanzien van het beslag:

- verbeurdverklaring van de onder punt 1 tot en met 14 op de beslaglijst vermelde goederen;
- teruggave van de onder punt 15 en 16 op de beslaglijst vermelde goederen aan de rechthebbende;

Ten aanzien van de vordering van de benadeelde partij:

- toewijzing van de gehele vordering, bij wijze van voorschot, met oplegging van de maatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht.

De op te leggen straffen en maatregel

Bij de beslissing over de straffen die aan verdachte dienen te worden opgelegd heeft de rechtbank gelet op:

- a. de aard van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan,
- b. de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte.

Bij de strafoplegging zal de rechtbank enerzijds in het bijzonder rekening houden met de volgende uit het onderzoek ter terechtzitting naar voren gekomen omstandigheden ten bezware van verdachte:

- de mate van het leed dat aan het slachtoffer [slachtoffer 1] is aangedaan, te

weten een ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer;

- de (zeer) jeugdige leeftijd van het slachtoffer [slachtoffer 1];
- verdachte heeft ernstig misbruik gemaakt van het vertrouwen dat het slachtoffer [slachtoffer 1] en haar ouders in hem stelden;
- verdachte heeft gedurende een langere periode gewerkt aan het creëren van een persoonlijke band met het slachtoffer [slachtoffer 1] waarbij een opbouw in de mate van ernst van grensoverschrijdend seksueel gedrag waarneembaar is en waarbij verdachte zich probeerde te verzekeren van het stilzwijgen van het slachtoffer door het aanbieden van snoepgoed en het slachtoffer voor te houden dat verdachte naar de gevangenis zou moeten als zij iemand zou vertellen over aard van hun contacten;
- verdachte had een uitgebreide verzameling kinderporno in zijn bezit, waaronder een groot aantal foto's en filmpjes, waaronder een aantal met zeer vergaande seksuele handelingen met zeer jonge kinderen; door het verzamelen van dit materiaal heeft verdachte een bijdrage geleverd aan het instandhouden van de productie en verspreiding van kinderporno en hierdoor aan het misbruik en de exploitatie van de daarbij betrokken minderjarigen;
- verdachte heeft er op geen enkel moment blijk van gegeven inzicht te hebben in de ernst van de door hem gepleegde feiten en in de omvang van de schadelijke gevolgen van zijn handelen voor het slachtoffer [slachtoffer 1] nu en in de toekomst;
- verdachte heeft niet uit zichzelf zijn bezigheden gestaakt.

Bij de strafoplegging zal de rechtbank anderzijds in het bijzonder rekening houden met de volgende uit het onderzoek ter terechtzitting naar voren gekomen omstandigheden ten voordele van verdachte:

- verdachte werd niet eerder tot straf veroordeeld;
- verdachte heeft de hem in het kader van een schorsing van zijn voorlopige hechtenis opgelegde bijzondere voorwaarden tot aan de zitting van 21 januari 2008 goed nageleefd, het contact met hulpverlening daaronder begrepen.

De rechtbank is van oordeel, dat in verband met een juiste normhandhaving niet kan worden volstaan met het opleggen van een andersoortige of geringere straf dan een gevangenisstraf welke vrijheidsbeneming meebrengt voor de duur als hierna te melden.

Met betrekking tot een deel van de op te leggen gevangenisstraf zal de rechtbank bepalen dat dat deel van die straf niet zal worden tenuitvoergelegd mits verdachte zich tot het einde van een hierna vast te stellen proeftijd aan de voorwaarde houdt dat hij zich niet aan een strafbaar feit zal schuldig maken en gedurende die proeftijd de hierna te melden bijzondere voorwaarden naleeft. De rechtbank wil met een en ander enerzijds de ernst van de door verdachte gepleegde strafbare feiten tot uitdrukking brengen en anderzijds door invloed uit te oefenen op het gedrag van de verdachte het door verdachte opnieuw plegen van een strafbaar feit tegengaan.

Met betrekking tot de lengte van de proeftijd zal de rechtbank bepalen dat deze tien jaren zal bedragen, nu er, mede gelet op de aard van het bewezenverklaarde,

de zeer grensoverschrijdende inhoud van een deel van het aangetroffen kinderpornografische materiaal en het gebrek aan inzicht bij verdachte, ernstig rekening mee moet worden gehouden dat verdachte wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen, zoals bedoeld in artikel 14b tweede lid van het Wetboek van Strafrecht. De rechtbank overweegt hierbij dat zij op deze wijze enerzijds tegemoet heeft willen komen aan het belang dat verdachte heeft bij behoud van zijn baan, op grond waarvan de rechtbank heeft gekozen voor een andere strafmodaliteit dan een lange onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, die de rechtbank gelet op de feiten in beginsel passend acht. Met de lange proeftijd beoogt de rechtbank anderzijds het belang van de maatschappij maximaal te beschermen.

De vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 1]

Uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken dat de vordering van de benadeelde partij deels van zodanig eenvoudige aard is dat deze zich leent voor de behandeling in deze strafzaak. Er is komen vast te staan dat de benadeelde partij als gevolg van het hiervoor bewezenverklaarde strafbare feit rechtstreeks immateriële schade heeft geleden. De rechtbank wijst de vordering terzake immateriële schade bij wijze van voorschot gedeeltelijk toe tot een bedrag van € 1.500,- vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

De rechtbank zal voor het toegewezen bedrag tevens de schadevergoedingsmaatregel opleggen, nu de rechtbank het wenselijk acht dat de Staat schadevergoeding aan het slachtoffer bevordert, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf datum vonnis tot de dag der algehele voldoening.

De rechtbank zal de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren haar vordering voor zover deze het bedrag van € 1.500,- te boven gaat, aangezien dit deel niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling in het strafgeding. De benadeelde partij kan dit deel van haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter aanbrengen.

De rechtbank zal verdachte veroordelen in de kosten van de benadeelde partij tot op heden begroot op nihil.

Verder wordt verdachte veroordeeld in de ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken kosten.

De rechtbank is van oordeel dat de in het dictum nader te noemen in beslag genomen voorwerpen vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer, omdat – zoals blijkt uit het onderzoek ter terechtzitting – dit voorwerpen zijn:

- met betrekking tot welke de feiten zijn begaan
- en die van zodanige aard zijn dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet en het algemeen belang.

Met betrekking tot de onder punt 15 en 16 op de lijst van in beslag genomen goederen vermelde zaken (kledingstukken van het slachtoffer) overweegt de rechtbank dat de rechthebbende, [moeder slachtoffer 1] ter zitting heeft verklaard geen

prijs te stellen op teruggave van deze zaken. De rechtbank beschouwt deze mededeling als een afstandsverklaring en zal derhalve geen beslissing nemen aangaande het beslag op deze zaken.

De uitspraak

Verklaart het onder feit 1, 2 en 3 tenlastegelegde bewezen zoals hiervoor is omschreven.

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hiervoor bewezen is verklaard en spreekt hem daarvan vrij.

Het bewezenverklaarde levert op de misdrijven:

T.a.v. feit 1:

met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen plegen, meermalen gepleegd

T.a.v. feit 2:

poging tot door giften of beloften van goed of misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht een persoon waarvan hij weet dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden

T.a.v. feit 3:

een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken, vervaardigen

en

een afbeelding en/of een gegevensdrager bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, in bezit hebben, meermalen gepleegd

Verklaart verdachte hiervoor strafbaar.

Beslissing

T.a.v. feit 1, feit 2, feit 3:

Gevangenisstraf voor de duur van 2 jaar met aftrek overeenkomstig artikel 27 van het Wetboek van Strafrecht, waarvan 713 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 10 jaren en als bijzondere voorwaarden:

dat de veroordeelde zich gedurende de proeftijd zal gedragen naar de aanwijzingen, hem te geven door of namens de Reclassering Nederland, Regio 's-Hertogenbosch, Eekbrouwersweg 6, 5233 VG 's-Hertogenbosch, zolang deze instelling zulks noodzakelijk acht, ook indien dit inhoudt een ambulante behandeling bij

forensische kliniek De Omslag te 's-Hertogenbosch of een soortgelijke instelling. Verleent aan de Reclassering voornoemd de opdracht als bedoeld in artikel 14d van het Wetboek van Strafrecht.

dat veroordeelde gedurende de proeftijd geen contact zal opnemen, zoeken of hebben – in welke vorm dan ook, ook niet via derden – met de in deze strafzaak genoemde en aan veroordeelde bekende, bij een algeheel contactverbod belang hebbende personen [slachtoffer 1] haar ouders en haar broers, een en ander met dien verstande dat onder dit contactverbod niet vallen contacten van of door tussenkomst van de advocaat van veroordeelde met genoemde personen;

dat veroordeelde gedurende de eerste vijf jaar na de feitelijke oplevering van zijn woning aan de [adres] te 's-Hertogenbosch aan de nieuwe eigenaar zich niet zal ophouden in de [adres] te 's-Hertogenbosch, zulks zolang [slachtoffer 1] in die straat woonachtig is.

Opheffing van het tegen verdachte verleende bevel tot voorlopige hechtenis met ingang van heden. Deze voorlopige hechtenis is op 2 augustus 2007 reeds geschorst.

T.a.v. feit 1, feit 2, feit 3:

Werkstraf voor de duur van 240 uren subsidiair 4 maanden vervangende hechtenis.

T.a.v. feit 1, feit 2, feit 3:

Maatregel van schadevergoeding van € 1500,- subsidiair 30 dagen vervangende hechtenis.

Legt derhalve aan verdachte op de verplichting tot betaling aan de Staat ten behoeve van het [slachtoffer 1] van een bedrag van € 1.500,- (zegge: vijftienhonderd euro), bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 30 dagen hechtenis. Dit bedrag zal worden vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening. De toepassing van deze vervangende hechtenis heft de hiervoor opgelegde betalingsverplichting niet op.

Beslissing op de vordering van de benadeelde partij

Wijst de vordering van de benadeelde partij gedeeltelijk toe en veroordeelt verdachte mitsdien tot betaling aan [moeder slachtoffer 1] in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van [slachtoffer 1] van een bedrag van € 1.500,- (zegge: vijftienhonderd euro). Dit bedrag is bedoeld als voorschot en zal voorts worden vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

Veroordeelt verdachte tevens in de kosten van de benadeelde partij tot heden begroot op nihil.

Veroordeelt verdachte verder in de ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken kosten.

Bepaalt dat de benadeelde partij in de vordering terzake het overige niet-ontvankelijk is.

Verdachte is van zijn schadevergoedingsplicht jegens de benadeelde bevrijd voorzover hij heeft voldaan aan een van de hem opgelegde verplichtingen tot vergoeding van deze schade.

Onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen goederen, te weten: de onder punt 1 tot en met 14 van de aangehechte beslaglijst vermelde goederen.

Dit vonnis is gewezen door:

mr. F. van Laanen, voorzitter,

mr. drs. W.A.F. Damen en mr. M. Lammers, leden,

in tegenwoordigheid van mr. A.W.A. Kap-Knippels, griffier,

en is uitgesproken op 4 februari 2008.

Rechtbank Zutphen 22 februari 2008

Naaktfoto's ex

LJN-nummer BC4944

Smaadschrift, verspreiding naaktfoto's via MSN

Man heeft via internet (peer to peer programma emule) en MSN-chat naaktfoto's van zijn ex-vriendin verspreid. Door deze wijze van verspreiding konden alle gebruikers van dit netwerk de afbeeldingen downloaden en inzien. Hiermee heeft hij de eer en goede naam van zijn vriendin ernstig aangetast. Bij de uitoefening van haar beroep en in haar woongenot heeft zij zodanig problemen ondervonden dat zij klanten verloor en is verhuisd. Veroordeling voor smaadschrift tot geldboete en schadevergoeding aan het slachtoffer.

VONNIS

in de zaak tegen:

[verdachte],

geboren te [plaats] op [1978],

wonende te [adres en plaats].

Onderzoek van de zaak

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 8 februari 2008.

De tenlastelegging

Nadat de tenlastelegging op de terechtzitting van 5 juli 2005 is gewijzigd is aan de verdachte ten laste gelegd dat:

hij op één of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode tussen 19 april 2003 en 8 november 2004, in ieder geval op 12 juli 2004, in de gemeente [plaatsnaam] en/of (elders) in Nederland (telkens) opzettelijk, door middel van verspreiding van (een) (kleuren)afbeelding(en), de eer en/of de goede naam van [slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een of meer bepaalde feiten, met het kenmerklijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft verdachte, ((telkens) buiten medeweten en/of toestemming van die [slachtoffer]), met voormeld doel (een) (kleuren)afbeelding(en), te weten:

- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer] naakt ruggelings liggend met de benen gespreid, waardoor de schaamstreek van die [slachtoffer] zichtbaar is (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en/of
- één of meerdere afbeelding(en) ingezoomd op de schaamstreek en/of de vagina (van die [slachtoffer]) (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en/of
- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer] een (stijve) penis in haar mond heeft (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en
- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer] naakt en/of met alleen een onderbroek en/of slipje aan liggend op haar zij en/of buik (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam]; (telkens) verspreid (te weten (telkens) via internet en/of chatten);

Art 261 lid 1 Wetboek van Strafrecht

Art 261 lid 2 Wetboek van Strafrecht

ALTHANS, dat

Hij op één of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode tussen 19 april 2003 en 8 november 2004, in ieder geval op 12 juli 2004, in de gemeente [plaatsnaam] en/of (elders) in Nederland (telkens) zonder daartoe gerechtigd te zijn (een)(kleuren)portret(ten), te weten

- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer] naakt ruggelings liggend met de benen gespreid, waardoor de schaamstreek van die [slachtoffer] zichtbaar is (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en/of
- één of meerdere afbeelding(en) ingezoomd op de schaamstreek en/of de vagina (van die [slachtoffer]) (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en/of
- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer]

- een (stijve) penis in haar mond heeft (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam], en/of
- één of meerdere afbeelding(en) van die [slachtoffer] naakt en/of met alleen een onderbroek en/of slipje aan liggend op haar zij en/of buik (met als (bestands)naam (onder andere): Ex-vriendin [bestandsnaam],
- (telkens) in het openbaar ten toon heeft gesteld of op andere wijze openbaar heeft gemaakt (te weten (telkens) via internet en/of chatten);

Art 35 lid 1 Auteurswet 1912

Taal- en/of schrijffouten

Voor zover in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten en/of kennelijke omissies voorkomen, zijn deze in de bewezenverklaring verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

Bewijsmiddelen

De vindplaatsvermeldingen, voorkomend in de – navolgende – overwegingen ten aanzien van het bewijs, verwijzen naar:

1. de doorlopende paginanummering van het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal, genummerd PL0617/05-200119, gesloten en getekend op 8 januari 2005:

- a. het proces-verbaal van aangifte (p. 22-26);
- b. het proces-verbaal van verhoor van verdachte op 8 november 2004 omstreeks 13:15 (p. 61-62);
- c. het proces-verbaal van verhoor van verdachte op 9 november 2004 omstreeks 13:28 (p. 69-74);
- d. het proces-verbaal van de digitale recherche nr. 04-1102B (p. 119-173);

2. het in wettelijke vorm opgemaakte deskundigenrapport van het Nederlands Forensisch Instituut, zaak 2006.06.08.121, aanvraag 001/002, gesloten en getekend op 24 juli 2007:

- a. het deskundigenrapport van het NFI (p. 1-30);
- b. bijlage 5 (p. 1-16);
- c. bijlage 8 (p. 1-31);
- d. bijlage 9 (p. 1-12);

3. de verklaring van verdachte ter terechtzitting van 5 juli 2005;

4. de verklaring van verdachte ter terechtzitting van 8 februari 2008;

5. de ter inzage beschikbare afbeeldingen behorende bij het dossier.

Redengevende feiten en omstandigheden

Uit de bewijsmiddelen worden de volgende redengevende feiten en omstandigheden afgeleid:

6. In juni 2003 hoorde [slachtoffer] dat er digitale naaktafbeeldingen van haar op internet stonden. Deze afbeeldingen waren gemaakt door [verdachte], met toestemming van aangeefster. (1.a - p. 24) Voor het verspreiden van de desbetreffende afbeeldingen had aangeefster geen toestemming gegeven. (1.a - p. 25)

7. Verdachte verklaart dat hij de seksueel getinte afbeeldingen van [slachtoffer] op zijn computer had staan. (1.c - p. 70) Hij maakt alleen gebruik van zijn computer en is ook de enige die op zijn computer kan. (1.c - p. 71) Zijn computer is beveiligd met een wachtwoord en de username van verdachte is [username]. (1.b - p. 61)

8. Uit het onderzoek van de digitale recherche blijkt dat via het peer-2-peer (P2P) programma Emule afbeeldingen van aangeefster konden worden gedownload van internet. Met behulp van de zoektermen '[naam slachtoffer]' en '[plaatsnaam]' werden in totaal dertien bestanden aangetroffen. De bestandsnamen begonnen met 'Ex-vriendin [bestandsnaam A] uit [plaatsnaam]'. (1.d - p. 122) Bij het zoeken op de username van verdachte, [username], werd een rar-bestand aangetroffen. Dit bestand bevatte de dertien hiervoor genoemde bestanden. (1.d - p. 123) Een rar-bestand is een zogeheten archiefbestand welke meerdere andere bestanden kan bevatten.

9. Uit het onder 2.a bedoelde deskundigenrapport van het NFI blijkt dat via de computer van verdachte via MSN Messenger op 17 juli 2004 een bestand met de naam 'Ex-vriendin [naam en nummer].jpg' is verzonden door '[www.[naam]] *** [username] ***'. (2.a - p. 15-16) Uit bijlage 8 (2.c) blijkt dat de persoon die het bestand verstuurde gebruik maakte van het e-mailadres [e-mailadres] als zijn MSN Passport. (2.c - p. 2)

10. Het onder 9 genoemde bestand is blijkens het onderzoek van het NFI door '[www.[naam]] *** [username] ***' ook op 20 juli 2004 verzonden via MSN Messenger. (2.a - p. 17) Uit bijlage 9 (2.d) blijkt dat de persoon die het bestand verstuurde gebruik maakte van het e-mailadres [e-mailadres]. (2.d - p. 2)

11. Uit het onderzoek van het NFI blijkt dat op 12 juli 2004 omstreeks 22:45 via MSN Messenger door '[www.[naam]] new release: [naam] !!!' de bestanden 'Ex-vriendin [bestandsnaam] uit [plaatsnaam], [naam].jpg' en 'Ex Vriendin [bestandsnaam], uit [plaatsnaam], [naam].rar' zijn verzonden. De bestandsnamen van de verzonden bestanden komen overeen met de bestanden welke door de politie zijn binnengehaald via emule. (2.a - p. 21). Het laatste genoemde bestand wordt om 22:54 nogmaals naar dezelfde persoon verzonden. (2.a - p. 22) Uit bijlage 5 (2.b)

blijkt dat de eerste verzending van het genoemde rar-bestand is mislukt. (2.b - p. 5) De tweede verzending is wel geslaagd. (2.b - p. 11)

12. Tijdens het gesprek, waarin de onder 11 genoemde bestanden worden verzonden, via MSN Messenger geeft de verzender het volgende commentaar:

- 'mm zal ff me ex laten zien' (2.a - p. 21)
- 'is van een ex van me he...' (2.a - p. 22)
- 'zoek maar eens in emule op [naam] vindt je er ook:\$' (2.a - p. 22)
- '18+ foto' (2.a - p. 22)
- 'Speelt ze met clitje enz...lachend in de camera mij pijpen' (2.a - p. 22)

13. De onder 11 genoemde verzender maakte gebruik van het e-mailadres [e-mailadres] als zijn MSN Passport. (2.a - p. 24)

14. Op de computer van verdachte zijn diverse installaties van het P2P-programma Emule aangetroffen. Aan de hand van de configuratiebestanden is vast te stellen dat het programma ook is gebruikt. (2.a - p. 27)

15. Tijdens het verzenden, via MSN Messenger, van de genoemde bestanden door de persoon die gebruik maakte van het MSN Passport [e-mailadres] was er op de computer van [verdachte] ingelogd met de Windows gebruikersnaam [usernaam]. (2.a - p. 29)

16. De verdachte heeft tijdens de terechtzitting van 5 juli 2005 bevestigd dat hij de enige persoon was die gebruik maakte van zijn computer. (proces-verbaal van terechtzitting - p. 2)

17. Uit de verklaring van verdachte tijdens de terechtzitting van 8 februari 2008 blijkt dat verdachte gebruik maakte van het e-mailadres [e-mailadres]. (proces-verbaal van terechtzitting - p. 2)

Standpunten openbaar ministerie en verdediging

18. De officier van justitie heeft geconcludeerd tot bewezenverklaring van het primair ten laste gelegde. De officier van justitie voert daarbij aan dat er bij naakt-afbeeldingen sprake is van een extra verantwoordelijkheid. De afbeeldingen hadden volgens hem definitief verwijderd moeten worden. Nu dit niet gebeurd is er sprake van voorwaardelijk opzet op het primair tenlastegelegde feit. Verdachte had ten aanzien van de afbeeldingen een zorgplicht en het was zijn taak om de afbeeldingen definitief te verwijderen.

19. Tijdens de terechtzitting van 5 juli 2005 heeft de raadsvrouw van verdachte bepleit dat er geen sprake is van opzet. De verdediging stelde zich op het standpunt dat de bestanden zijn gedeeld via een peer-2-peer programma buiten de

wetenschap van [verdachte] om. Ter ondersteuning van deze stelling voert de verdediging aan dat:

- [verdachte] zelf ook slachtoffer is geworden van het feit dat iemand afbeeldingen van zijn computer heeft gedownload en op internet gezet;
- dat uit het onder 1.d bedoelde proces-verbaal blijkt dat de bestanden niet meer op de computer van [verdachte] stonden en deze dus door [verdachte], op verzoek van [slachtoffer], waren gewist.

20. Tijdens de terechtzitting van 8 februari 2008 houdt de verdediging vast aan de reeds eerder gevoerde verweren. De verdediging stelt zich wederom op het standpunt dat het niet is uit te sluiten dat de bestanden niet bewust door [verdachte] zijn verspreid. Daarnaast wordt door de verdediging opgemerkt dat het NFI niet de oorspronkelijke kopieën van de harde schijven van de computer van [verdachte] heeft onderzocht. Ook is er geen onderzoek gedaan naar de andere programma's, welke mogelijk de stelling van de verdediging zou kunnen ondersteunen. Volgens de verdediging hadden andere programma's mogelijk ook de hele harde schijf kunnen delen, zonder dat de eigenaar hiervan op de hoogte is. Ook is er tijdens het onderzoek gebruik gemaakt van een andere versie van Emule, dan de versie welke is aangetroffen op de computer van [verdachte].

Bespreking van de standpunten

21. De politierechter overweegt als volgt. Naar eigen zeggen is verdachte de enige persoon die gebruik maakt van zijn computer, is zijn Windows gebruikersnaam [usernaam] en zijn e-mailadres [e-mailadres]. Bij de hierboven aangehaalde via MSN Messenger gevoerde gesprekken, waarbij de genoemde bestanden werden verzonden, werd gebruik gemaakt van het genoemde e-mailadres, terwijl er was ingelogd onder de genoemde gebruikersnaam. Hiermee staat voldoende vast dat verdachte de genoemde MSN Messenger gesprekken heeft gevoerd en ook de genoemde bestanden heeft verzonden. Op grond van de inhoud van de gesprekken staat vast dat verdachte op de hoogte was van de aard van de afbeeldingen en deze opzettelijk heeft verspreid.

22. Verdachte geeft in het proces-verbaal van verhoor van verdachte op 9 november 2004 op pagina 67 aan dat hij in ruime mate verstand heeft van computers en altijd al interesse in computers heeft gehad. Hij geeft ook aan dat hij in Nederland een van de vier grootste websites heeft over P2P. Blijkens het gesprek gevoerd via MSN Messenger op 12 juli 2004 was verdachte ook op de hoogte van de verspreiding van de afbeeldingen via het P2P netwerk. Het verweer dat verdachte niet op de hoogte was van de mogelijkheid dat de hele harde schijf gedeeld kon worden door een P2P programma acht de politierechter dan ook niet aannemelijk.

23. Op pagina 70 van het onder 1.c bedoelde proces-verbaal verklaart verdachte dat de bestandsnaam van een afbeelding, gemaakt met de digitale camera, door de camera wordt bepaald. De bestandsnaam bestaat dan uit een nummer. De door

de politie op Emule aangetroffen bestanden hebben als eerste deel van de bestandsnaam alle de naam 'Ex-vriendin [bestandsnaam], uit [plaatsnaam]'. De politierechter acht het niet aannemelijk dat een buitenstaander, welke via een P2P programma de afbeeldingen vanaf de computer van verdachte downloadt, op de hoogte kan zijn van deze informatie. Om deze reden acht de politierechter het aannemelijk dat verdachte de bestanden, zowel de afbeeldingen als het rar-bestand, zelf heeft voorzien van de bestandsnamen als aangegeven op pagina 122 en 123 van het onder 1 bedoelde dossier. Bij het rar-bestand weegt bij dit oordeel mee dat ook de username van verdachte is toegevoegd aan de bestandsnaam.

24. De verdediging voert aan dat verdachte de afbeeldingen in mei 2003 heeft verwijderd. Het NFI heeft op pagina 29 van het onder 2.a bedoelde deskundigenrapport geconcludeerd dat dit verweer niet op gaat, nu de bedoelde bestanden na mei 2003 via MSN Messenger zijn verzonden. Het verweer van de verdediging dat de bestanden reeds voor de datum van deze gesprekken waren gewist door verdachte is niet aannemelijk geworden en wordt verworpen.

25. Tevens voert de verdediging aan dat verdachte zelf ook slachtoffer is geworden van het stelen van privacygevoelige afbeeldingen. Het NFI heeft op pagina 29 van het onder 2.a bedoelde deskundigenrapport geconcludeerd dat dit verweer niet op gaat, nu blijkt dat via de computer van [verdachte] de desbetreffende bestanden via MSN Messenger zijn verzonden. De politierechter acht de conclusie van het NFI aannemelijk en verwerpt dan ook dit verweer.

26. Op pagina vier van het deskundigenrapport wordt aangegeven dat er tijdens het onderzoek rekening is gehouden met de door de verdediging bedoelde wijzigingen in de harde schijven na de inbeslagneming. Nu uit het rapport blijkt dat er rekening is gehouden met de wijzigingen verwerpt de politierechter het verweer van de verdediging inhoudende dat er onvoldoende rekening is gehouden met de bedoelde wijzigingen.

27. Vast staat dat verdachte de afbeeldingen via MSN Messenger heeft verspreidt. Met het uit handen geven van afbeeldingen van [slachtoffer] aan een derde via MSN Messenger is er een aanmerkelijke kans gecreëerd op verdere verspreiding via internet, in het bijzondere via een P2P netwerk. Hierdoor hebben miljoenen personen toegang tot de afbeeldingen. Die verdere verspreiding heeft zich ook daadwerkelijk voorgedaan. Zowel het slachtoffer als de politie zijn de afbeeldingen tegengekomen op het voor iedereen toegankelijke P2P netwerk. De verdachte moet zich, gelet op zijn kennis en ervaring met internet en P2P programma's, van deze aanmerkelijke kans bewust zijn geweest. Door toch de bestanden met afbeeldingen te verzenden via MSN Messenger naar derden heeft hij deze aanmerkelijke kans bewust aanvaard en dus opzet gehad op deze verdere verspreiding, ook via het P2P netwerk.

Bewezenverklaring

28. Naar het oordeel van de politierechter is op grond van het voorgaande wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het primair tenlastegelegde heeft begaan, te weten dat:

hij op meer tijdstippen in omstreeks de periode tussen 19 april 2003 en 8 november 2004, in de gemeente [plaatsnaam] en/of elders in Nederland telkens opzettelijk, door middel van verspreiding van kleurenafbeldingen, de eer en de goede naam van [slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een of meer bepaalde feiten, met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft verdachte, telkens buiten medeweten en toestemming van die [slachtoffer], met voormeld doel kleurenafbeldingen, te weten:

- één of meerdere afbeeldingen van die [slachtoffer] naakt ruggelings liggend met de benen gespreid, waardoor de schaamstreek van die [slachtoffer] zichtbaar is en;
- één of meerdere afbeeldingen ingezoomd op de schaamstreek en de vagina van die [slachtoffer] en;
- één of meerdere afbeelding van die [slachtoffer], terwijl die [slachtoffer] een stijve penis in haar mond heeft en;
- één of meerdere afbeeldingen van die [slachtoffer] naakt en/of met alleen een onderbroek en/of slipje aan liggend op haar zij en/of buik;

telkens verspreid, te weten via internet en chatten.

Vrijspraak van het meer of anders tenlastegelegde

29. Wat meer of anders is ten laste gelegd dan hiervoor bewezen is verklaard, is naar het oordeel van de politierechter niet bewezen. De verdachte behoort daarvan te worden vrijgesproken.

Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

30. Het bewezene levert op het misdrijf:
smaadschrift

Strafbaarheid van de verdachte

31. Verdachte is strafbaar, nu geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte uitsluit.

Oplegging van straf en/of maatregel

32. De officier van justitie heeft een geldboete van € 2000,-, subsidiair 40 dagen hechtenis, voorwaardelijk met een proeftijd van één jaar en onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen harde schijven, gevorderd.

33. De politierechter acht na te melden beslissing in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op de persoon van verdachte, zoals van een en ander tijdens het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

34. De politierechter heeft bij de straftoemeting in het bijzonder in aanmerking genomen dat verdachte seksueel getinte afbeeldingen van zijn vriendin aan de openbaarheid heeft prijsgegeven, ondermeer via een P2P netwerk. Door deze wijze van verspreiding konden alle gebruikers van dit netwerk de afbeeldingen downloaden en inzien. Hiermee heeft hij de eer en goede naam van zijn vriendin ernstig aangetast. Bij de uitoefening van haar beroep en in haar woongenot heeft zij zodanig problemen ondervonden dat zij klanten verloor en is verhuisd.

35. Uit het hiervoor overwogene blijkt wat de gevolgen kunnen zijn van het verspreiden van afbeeldingen die uitsluitend voor intiem gebruik waren bestemd, nu de gevolgen van een dergelijk eenvoudig handelen zeer groot kunnen zijn. Daarom komt de politierechter uit op een hogere straf dan door de officier van justitie is gevorderd.

36. In strafmatigende zin neemt de politierechter voorts in aanmerking dat het bewezenverklarde delict dateert van 2004. De vertraging in het onderzoek is niet te wijten aan de verdediging.

37. Uit het deskundigenrapport van het NFI is gebleken dat in ieder geval één afbeelding van [slachtoffer] op de in beslag genomen harde schijven is terug te vinden. De politierechter acht het niet wenselijk dat verdachte in het bezit komt van de desbetreffende afbeeldingen. De in beslag genomen harde schijven zullen dan ook worden onttrokken aan het verkeer.

Vordering tot schadevergoeding

38. De benadeelde partij [slachtoffer], [adres] [plaatsnaam], heeft zich met een vordering tot schadevergoeding ten bedrage van € 5860,50 gevoegd in het strafproces.

39. De vordering van de benadeelde partij zal worden toegewezen, nu het tenlastegelegde feit is bewezenverklaard en de vordering naar oordeel van de politierechter voldoende is onderbouwd.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Deze strafoplegging/beslissing is gegrond op 14a, 14b, 14c, 23, 24, 24c, 36f en 261 van het Wetboek van Strafrecht.

Beslissing

De politierechter beslist als volgt.

Verklaart, zoals hiervoor overwogen, bewezen dat verdachte het primair tenlastegelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard en spreekt verdachte daarvan vrij.

Verklaart het bewezenverklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart verdachte strafbaar.

Veroordeelt verdachte tot een geldboete van € 1500,-, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 30 dagen hechtenis.

Bepaalt, dat een gedeelte van de geldboete, groot € 500,-, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 10 hechtenis, niet zal worden ten uitvoer gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten op grond dat veroordeelde zich vóór het einde van een proeftijd van 1 jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Beveelt de onttrekking aan het verkeer van de in beslag genomen, nog niet teruggegeven harde schijven.

Veroordeelt verdachte tot betaling van schadevergoeding aan de benadeelde partij [slachtoffer], [adres] [plaatsnaam], van een bedrag van € 5860,50 vermeerderd met betaling van de kosten van het geding en de tenuitvoerlegging door de benadeelde partij gemaakt, tot op heden begroot op nihil.

Legt aan veroordeelde de verplichting op om aan de Staat, ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer], een bedrag te betalen van € 5860,50 met bevel dat bij gebreke van betaling en verhaal 59 dagen hechtenis zal kunnen worden toegepast zonder dat de betalingsverplichting vervalt.

Bepaalt dat, indien veroordeelde heeft voldaan aan de verplichting tot betaling aan de Staat daarmee de verplichting tot betaling aan de benadeelde partij in zoverre komt te vervallen en andersom dat, indien veroordeelde heeft voldaan aan de verplichting tot betaling aan de benadeelde partij daarmee de verplichting tot betaling aan de Staat in zoverre komt te vervallen.

Aldus gewezen door mr. Krijger, politierechter, in tegenwoordigheid van mr. Demmers, griffier, en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 22 januari 2008.

Rechtbank Haarlem 26 maart 2008
Pesterijen op YouTube
LJN-nummer BC8945

**Arbeidsrecht, ontslag op staande voet, treiteren en discrimineren,
filmpjes, YouTube**

Ontbinding arbeidsovereenkomst. Werkgever is door het gedrag van verweerder het vertrouwen in hem als voorman en werknemer volledig kwijt is. Verweerder ontkent dat zijn gedrag (te zien in door een andere collega op YouTube gezette filmpjes) kan worden betiteld als het pesten, treiteren dan wel (seksueel) intimideren van een homoseksuele collega. Bij de kantonrechter bestaat daarover op grond van de getoonde beelden echter geen twijfel; deze beelden laten namelijk serieus getreiter zien, dat is gericht op seksuele geaardheid en waarbij steeds dezelfde persoon het mikpunt is. De email achteraf van deze collega dat hij het ontslag betreurt, brengt geen verandering in het oordeel van de kantonrechter. Er staat voorts voldoende vast dat verweerder de veiligheids-voorschriften heeft overtreden door volstrekt oneigenlijk gebruik van de vorkheftruck, hetgeen een potentieel gevaar opleverde.

BESCHIKKING VOORWAARDELIJKE ONTBINDING ARBEIDSOVEREENKOMST

inzake

de besloten vennootschap Menzies World Cargo Nederland B.V.
te Luchthaven Schiphol
verzoekster
hierna: Menzies
gemachtigde: mr. L.M. van der Sluis

tegen

[verweerder]
te [woonplaats]
verweerder
hierna: [verweerder]
gemachtigde: mr. J.J. Kaldenbach (FNV Bondgenoten)

De procedure

Op 29 februari 2008 is ter griffie een verzoekschrift ontvangen van Menzies. [verweerder] heeft een verweerschrift ingediend. De mondelinge behandeling van

de zaak heeft plaatsgevonden op 12 maart 2008, gelijktijdig met de door [verweerder] gevorderde voorlopige voorziening. Partijen hebben hun standpunten ter zitting nader toegelicht. De gemachtigden van partijen hebben pleitnotities overgelegd. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen verder naar voren hebben gebracht. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht. Menzies heeft tevens een CD-Rom overgelegd. De kantonrechter heeft deze ter zitting bekeken.

De feiten

- a. [verweerder], thans 39 jaar oud, is op 16 november 1987 bij Menzies in dienst getreden. Hij was laatstelijk werkzaam op basis van een dienstbetrekking van 38,77 uur per week in de functie van Voorman Een op Afdeling B tegen een salaris van € 2.520,88 bruto exclusief vakantiegeld en overige emolumenten.
- b. In de van toepassing zijnde Collectieve Arbeidsovereenkomst Menzies World Cargo Nederland 2005-2007 (hierna: de CAO) is onder meer het volgende opgenomen:

4.6 De werknemer is mede verantwoordelijk voor de handhaving van de orde, reinheid en van goede sfeer in het bedrijf en verplicht tot naleving van de desbetreffende aanwijzingen en voorschriften door of namens de werkgever gegeven.

De werknemer is verplicht de eigen veiligheid en die van anderen naar vermogen in acht te nemen door:

– zich op de hoogte te stellen van voorschriften, opgestelde veiligheidsvoorschriften, zoals die bij de werkgever gelden; (...)

4.15 De werkgever en de werknemers zijn overeengekomen dat discriminatie op grond van huidkleur of ras, geloof, seksuele geaardheid, geslacht, alsmede seksuele intimiteiten en/of intimidatie, agressie en/of geweld niet getolereerd zullen worden. Overtreding zal met een disciplinaire maatregel worden bestraft; herhaalde overtreding kan een dringende reden voor ontslag opleveren.

4.16 Medewerkers die zich op grond van bovenstaand artikel bedreigt of geïntimideerd voelen, kunnen zich ook in verbinding stellen met een vertrouwenspersoon. (...) Indien de klachtencommissie de klacht gegrond verklaart, zal de overtreding met een nader vast te stellen disciplinaire maatregel worden bestraft. De klachtencommissie zal hierover een bindend advies uitbrengen aan de bestuurder. Herhaling of een zeer ernstige overtreding kan een dringende reden voor ontslag opleveren.

- c. De heer [XXX] (hierna: [XXX]) werkte tot en met december 2007 eveneens op afdeling B. [XXX] is homoseksueel.
- d. Bij Menzies heeft recentelijk een ernstig ongeval met een heftruck plaatsgevonden. Naar aanleiding daarvan heeft Menzies alle medewerkers, waaronder [verweerder], er in een interne mededeling op gewezen dat men nooit met een

- heftruck mag gaan rijden zolang er mensen dicht in de buurt staan.
- e. [YYY] (hierna [YYY]), inmiddels voormalig werknemer van Menzies, heeft met zijn mobiele telefoon een aantal filmpjes gemaakt met daarop gedragingen van de werknemers van afdeling B jegens [XXX]. Hij heeft deze filmpjes voorzien van onder meer de teksten “effe lekker stoeien met Mattie” en “homo” en ze op de internetsite ‘youtube’ geplaatst.
 - f. Op een filmpje is te zien dat [verweerder] met een vorkheftruck het kantoor nadert waar [XXX] aan het werk is. [XXX] ziet of hoort de vorkheftruck niet aankomen. [verweerder] tracht met de lepel van de vorkheftruck de stoel waarop [XXX] zit op te tillen. De stoel komt daarbij in beweging. [verweerder] stapt vervolgens van de vorkheftruck af en gaat vlak achter [XXX] staan, raakt [XXX] met beide handen aan, maakt met zijn onderlichaam stotende bewegingen en beweegt zijn hand voor zijn kruis. [verweerder] loopt uiteindelijk het kantoor uit en zegt dan: “is voor jou toch heel normaal dit (...)’ Op ander filmpje is te zien dat [verweerder] [XXX] laat schrikken door een plotse linge schreeuw.
 - g. In de week van 12 januari 2008 hebben twee duty managers aan de leiding van Menzies laten weten dat er bepaalde filmpjes op internet stonden die op de werkvloer van Menzies waren gemaakt. De duty managers hebben daarbij aangegeven dat het ‘onschuldige filmpjes’ betrof en dat zij de filmer zouden aanpakken. Het is bij Menzies verboden om op de werkvloer te filmen.
 - h. Tijdens een CAO-overleg op 17 januari 2008 maakte één van de duty managers in aanwezigheid van de directie weer een opmerking over de filmpjes. Hierop heeft de directie besloten aandacht aan de filmpjes te besteden.
 - i. Op vrijdagavond 18 januari 2008 en nogmaals op zaterdagmorgen 19 januari 2008 zijn de filmpjes bekeken door de heer [AAA] (toenmalig) directeur van Menzies, de heer [BBB] en mevrouw [CCC].
 - j. Op 19 januari 2008 heeft Menzies de arbeidsovereenkomst met vier werknemers, waaronder [YYY] en [verweerder], per direct beëindigd. Aan [verweerder] is medegedeeld dat hij is ontslagen wegens seksuele intimidatie van een collega en rijgedrag met een vorkheftruck in strijd met de veiligheidsvoorschriften.

Het verzoek

Menzies verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voor het geval het dienstverband tussen partijen nog mocht blijken te bestaan, primair wegens een dringende reden en subsidiair wegens veranderingen in de omstandigheden, zonder toekenning van een vergoeding. Ter toelichting stelt Menzies – samengevat – het volgende.

Zij besteedt veel aandacht aan een veilige werkomgeving en een goede sfeer, waarbinnen een ieder gelijk – dus zonder discriminatie – en met respect wordt behandeld. Alle werknemers weten en worden ook geacht te weten hoe om te gaan met materieel en hoe zich als werknemer te gedragen. [verweerder] heeft zich schuldig gemaakt aan het pesten, intimideren en/of treiteren van een collega

en het overtreden van veiligheidsvoorschriften. Het gaat niet slechts om een geintje. [XXX] heeft in een gesprek op 19 januari 2008 verteld dat hij zich juist vanwege de incidenten heeft laten overplaatsen. Het gedrag van [verweerder] is hem extra aan te rekenen. In de eerste plaats is hij Voorman Een, zodat hij een voorbeeldfunctie vervult. Voorts wist hij dat [XXX] al eerder op het werk was gepest en dat Menzies de schuldigen daarop toen ernstig heeft aangesproken. Ten slotte heeft [verweerder] opleidingen gevolgd voor het besturen van een heftruck, terwijl hij ook kennis had van het ongeval met een heftruck. Hij weet dus dat een heftruck zeker niet mag worden gebruikt voor het optillen van een collega die op een stoel zit.

Voor het geval dat het ontslag op staande voet geen stand mocht houden, geldt dat Menzies ieder vertrouwen in [verweerder] als werknemer en zeker als voorman kwijt is. Er is daarmee voldoende gewichtige reden om de arbeidsovereenkomst zo snel mogelijk te ontbinden. De aanleiding van de ontbinding ligt in de risicosfeer van [verweerder], zodat hem geen vergoeding toekomt.

Het verweer

[verweerder] concludeert primair om Menzies niet ontvankelijk te verklaren in haar verzoek dan wel het verzoek af te wijzen. Voor het geval de arbeidsovereenkomst toch wordt ontbonden, verzoekt [verweerder] om toekenning van een vergoeding van € 151.425,25 bruto. Ter toelichting voert [verweerder] – samengevat – het volgende aan.

Menzies houdt zich in een bepaald geval ook niet aan de veiligheidsvoorschriften. [verweerder] wist niet dat de filmpjes op internet zijn gezet. [verweerder] heeft zich niet althans niet opzettelijk schuldig gemaakt aan het pesten of (seksueel) intimideren van [XXX]. Het gaat slechts om een kwajongensstreek, dan wel om normaal gedrag tussen collega's. Dat blijkt ook uit een email van [XXX] aan [verweerder], waarin [XXX] aangeeft het ontslag van [verweerder] te betreuren. Het is daarom niet terecht dat Menzies het dienstverband wenst te beëindigen.

195 werknemers hebben een petitie getekend waarin Menzies wordt verzocht het dienstverband met onder meer [verweerder] voort te zetten. Er is daarom geen belemmering voor Menzies om [verweerder] in dienst te laten. [verweerder] verzoekt de kantonrechter daarom primair de arbeidsovereenkomst niet te ontbinden. Voor zover de arbeidsovereenkomst wel dient te eindigen, geldt dat [verweerder] daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. Menzies had voor een andere maatregel moeten kiezen. Menzies heeft het nagelaten een passende financiële voorziening voor [verweerder] te treffen. Met het oog op alle omstandigheden is een vergoeding op basis van correctiefactor 2 op zijn plaats.

De beoordeling van het verzoek

1. De kantonrechter heeft zich ervan vergewist dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:685 lid 1 BW.

2. Menzies stelt dat de arbeidsovereenkomst – voor zover deze nog mocht bestaan – in ieder geval moet eindigen omdat zij door het gedrag van [verweerder] het vertrouwen in hem als voorman en werknemer volledig kwijt is. [verweerder] ontkent dat zijn – op de filmpjes vastgelegde – gedrag kan worden betiteld als het pesten, treiteren dan wel (seksueel) intimideren van [XXX]. Bij de kantonrechter bestaat daarover op grond van de getoonde beelden echter geen twijfel; deze beelden laten namelijk serieus getreiter zien, dat is gericht op seksuele geaardheid en waarbij steeds dezelfde persoon het mikpunt is. De email achteraf van [XXX] dat hij het ontslag betreurt, brengt geen verandering in het oordeel van de kantonrechter. Er staat voorts voldoende vast dat [verweerder] de veiligheids-voorschriften heeft overtreden door volstrekt oneigenlijk gebruik van de vorkheftruck, hetgeen een potentieel gevaar opleverde. Voor de kantonrechter staat voldoende vast dat Menzies ten gevolge van het gedrag van [verweerder] geen enkel vertrouwen meer in hem heeft, mede gezien de normen en waarden die zij in haar CAO uitdraagt. Dat geldt temeer waar [verweerder] het gebeurde ten onrechte bagatelliseert.

3. De kantonrechter is van oordeel dat in ieder geval sprake is van een zodanige verandering van omstandigheden, dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn dient te eindigen. De kantonrechter zal daarom tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan. De handtekeningenlijsten brengen geen verandering in dat oordeel. De wens van een groep werknemers om een collega in dienst te laten kan een werkgever namelijk niet het recht ontnemen de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden, indien er voor de ontbinding een gewichtige reden bestaat.

4. Vervolgens moet de vraag aan de orde komen of aan [verweerder] in redelijkheid een vergoeding toekomt. De kantonrechter beantwoordt die vraag ontkennend, aangezien de oorzaken van het ontbindingsverzoek geheel in de risicosfeer van [verweerder] liggen.

5. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht heeft geen bespreking meer, nu dit in het licht van hetgeen in deze beschikking is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kan leiden.

6. Gezien de aard van de procedure worden de kosten tussen partijen gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

- ontbindt de arbeidsovereenkomst, voor het geval deze nog tussen partijen bestaat, tegen 1 april 2008;
- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Deze beschikking is gegeven door mr. E.P. Stulp en uitgesproken op de openbare terechtzitting van bovengenoemde datum.

Rechtbank Zwolle 28 maart 2008
LinkUT
LJN-nummer BC8169

Ambtenarenrecht, email tijdens werktijd, link

Eiser, werknemer van de Universiteit Twente, heeft gedurende een periode van drie maanden, vanaf zijn werkplek 33 e-mails verstuurd heeft die betrekking hebben zijn nevenwerkzaamheden voor (...). Dit is niet zo substantieel dat eiser had behoren te begrijpen dat hij dergelijk incidenteel privé-gebruik achterwege had moeten laten.

Op de site van eisers nevenwerkzaamheden en op een Volkskrantblog over eisers project wordt verwezen naar de homepage van het Onderwijskundig Centrum van de Universiteit Twente en/of een aan de Universiteit Twente toebehorend e-mailadres. De rechtbank is van oordeel dat het op de weg van eiser had gelegen om er zorg voor te dragen dat deze verwijzingen ongedaan werden gemaakt. Dit was te meer zo, nu eiser hierop door zijn leidinggevende was aangesproken. Niet is gebleken dat het voor eiser onmogelijk was om deze verwijzingen ongedaan te laten maken. In dit opzicht heeft eiser, door deze verwijzingen niet ongedaan te (laten) maken, zich schuldig gemaakt aan plichtsverzuim. De rechtbank is evenwel van oordeel dat het plichtsverzuim waaraan eiser zich schuldig heeft gemaakt, door het niet laten verwijderen van verwijzingen naar de Universiteit Twente op een tweetal websites en door zijn ongeoorloofde afwezigheid op 28 februari 2006, niet als zeer ernstig kan worden gekwalificeerd. De opgelegde disciplinaire straf van voorwaardelijk ontslag is, naar het oordeel van de rechtbank, dan ook disproportioneel.

UITSPRAAK
in het geding tussen:

A te B,
eiser,
gemachtigde mr. P.J. de Bruin, advocaat te Rotterdam,

en

het college van bestuur van de Universiteit Twente,
verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 14 juni 2006 heeft verweerder aan eiser disciplinair ontslag verleend, onder bepaling dat deze maatregel niet ten uitvoer wordt gelegd, indien eiser in de periode van 8 juni 2006 tot 8 december 2007 dergelijk of ander ernstig plichtsverzuim als waarop dit besluit betrekking heeft nalaat en hij zich ook overigens gedraagt zoals van een goed ambtenaar mag worden verwacht. Bij brief van 25 juli 2006 heeft eiser hiertegen bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 21 december 2006 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard. Bij brief van 29 januari 2007 heeft eiser bij de rechtbank Almelo beroep ingesteld tegen dit besluit. De rechtbank Almelo heeft het beroepschrift op 14 maart 2007 doorgezonden naar deze rechtbank, aangezien deze rechtbank bevoegd is. Verweerder heeft op 14 december 2007 een verweerschrift ingediend. Het beroep is op 21 februari 2008 behandeld ter zitting. Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. De Bruin. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. (...) en (...).

2. Overwegingen

In geding is de vraag of het bestreden besluit in rechte kan worden gehandhaafd. De rechtbank gaat hierbij uit van de volgende feiten en omstandigheden:

Eiser is sinds 1985 werkzaam bij de Universiteit Twente, thans in de functie van medewerker onderwijsontwikkeling bij de Dienst ITBE van de Universiteit Twente. Naast de functie die eiser bij de Universiteit Twente vervult heeft eiser een eigen bedrijf, geheten (...). Dit bedrijf is gevestigd in Deventer. Tevens verricht eiser werkzaamheden ten behoeve van(...), een onderwijskundige stroming. Bij brief van 6 maart 2006 heeft de directeur van de Dienst ITBE verweerder verzocht om eiser onvoorwaardelijk disciplinair ontslag te verlenen, vanwege plichtsverzuim. Naar aanleiding van de brief van de directeur van de Dienst ITBE heeft verweerder zich vervolgens een oordeel gevormd over eisers gedrag en eiser bij besluit van 14 juni 2006 voorwaardelijk disciplinair ontslag verleend.

In artikel 3, eerste lid, van de Regeling Disciplinaire Maatregelen Universiteit Twente 1998 (verder: de Regeling) is bepaald dat het personeelslid dat zich schuldig maakt aan plichtsverzuim of de hem opgelegde verplichtingen niet nakomt een disciplinaire maatregel kan worden opgelegd. Op grond van het bepaalde in artikel 2, eerste lid, van de Regeling omvat plichtsverzuim zowel het overtreden van enig voorschrift als het doen of nalaten van iets, wat een goed personeelslid in gelijke omstandigheden niet behoort te doen of na te laten. Onder plichtsverzuim wordt mede begrepen het niet nakomen van aan een personeelslid opgelegde verplichtingen. Op grond van het bepaalde in artikel 2, tweede lid, van de Regeling is van plichtsverzuim geen sprake als er geen enkel verband is met de functie die het personeelslid uitoefent en het plichtsverzuim op de uitoefening van die functie niet van invloed is.

Op grond van het bepaalde in artikel 6 van de Regeling jo. artikel 5, derde lid, van de Regeling, kan verweerder, op verzoek van degene die met het beheer van een

eenheid van de universiteit is belast, besluiten tot het opleggen van disciplinair ontslag. Uit het bepaalde in artikel 7 van de Regeling volgt dat bepaald kan worden dat een disciplinaire maatregel, waaronder disciplinair ontslag, niet ten uitvoer zal worden gelegd, als het personeelslid zich gedurende een vastgestelde termijn niet schuldig maakt aan soortgelijk plichtsverzuim of enig ander ernstig plichtsverzuim.

De rechtbank constateert dat de in het besluit van 14 juni 2006 genoemde proeftijd als bedoeld in artikel 7 van de Regeling, op 8 december 2007 is verstreken. Het bij het bestreden besluit gehandhaafde voorwaardelijk ontslagbesluit van 14 juni 2006 kan dan ook niet meer ten uitvoer worden gelegd. De rechtbank is evenwel, in navolging van de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 17 maart 2005 (TAR 2005/82) en van 26 april 2007 (TAR 2007/105), van oordeel dat bij de schriftelijke vastlegging dat een ambtenaar zich heeft schuldig gemaakt aan plichtsverzuim zijn rechtspositionele belang rechtstreeks betrokken is, ook al kan geen straf meer worden opgelegd. In dit verband acht de rechtbank van belang dat verweerders oordeel dat eiser zich schuldig heeft gemaakt aan (ernstig) plichtsverzuim zal worden opgenomen in eisers personeelsdossier. Eiser heeft dan ook, ondanks het feit dat de disciplinaire straf niet meer ten uitvoer kan worden gelegd, nog steeds belang bij een inhoudelijke beoordeling van het bestreden besluit.

Verweerder verwijt eiser het volgende:

- a. Eiser heeft tijdens werktijd nevenwerkzaamheden verricht ten behoeve van (...). Verweerder heeft, met behulp van een zoekmachine, op internet onderzoek laten verrichten naar e-mailverkeer vanaf aan de Universiteit Twente toebehorende e-mailadressen. Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat eiser tijdens werktijd e-mails heeft gestuurd ten behoeve van (...).
- b. Eiser heeft het doen voorkomen alsof nevenwerkzaamheden werden verricht namens de Universiteit Twente. Zo wordt op de site van het (...), waar deze site verwijst naar eisers nevenwerkzaamheden in het kader van zijn eigen bedrijf, tevens verwezen naar de homepage van het Onderwijskundig Centrum van de Universiteit Twente en wordt een aan de Universiteit Twente toebehorend e-mailadres genoemd. Tevens wordt een aan de Universiteit Twente toebehorend e-mailadres genoemd op een Volkskrantblog over eisers project "(...)".
- c. Eiser is op 22 februari 2006 en op 28 februari 2006 ongeoorloofd afwezig geweest van zijn werk.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat het plichtsverzuim waaraan eiser zich schuldig heeft gemaakt dermate ernstig is, dat voorwaardelijk ontslag een proportionele sanctie is.

De rechtbank overweegt naar aanleiding van hetgeen verweerder eiser verwijt als volgt:

Ad a. De rechtbank is van oordeel dat verweerder bevoegd is om, bij wijze van controle op nevenwerkzaamheden tijdens werktijd, onderzoek te verrichten naar e-mailverkeer dat afkomstig is van aan de Universiteit Twente toebehorende e-

mailadressen. Naar het oordeel van de rechtbank is bij het door verweerder verrichte onderzoek in voldoende mate rekening gehouden met het belang van eisers privacy, nu niet aannemelijk is geworden dat verweerder in het kader van dit onderzoek de inhoud van de desbetreffende e-mails heeft ingezien.

Gebleken is dat de Universiteit Twente vooralsnog niet beschikt over een gedragscode in verband met het gebruik van internet en e-mail door medewerkers van deze universiteit. De rechtbank is evenwel van oordeel dat uit de algemene gedragsnorm van artikel 2, eerste lid, van de Regeling volgt dat het op de werkplek gebruiken van internet en e-mail voor privé-doeleinden onder omstandigheden plichtsverzuim kan opleveren. Hiervan is sprake, indien een medewerker behoort te begrijpen dat hij dergelijk gebruik – ook zonder dat sprake is van een expliciet voorschrift hieromtrent – achterwege behoort te laten.

De rechtbank stelt vast dat verweerder eiser verwijt dat hij gedurende een periode van omstreeks drie maanden, van medio november 2005 tot medio februari 2006, vanaf zijn werkplek 33 e-mails verstuurd heeft die betrekking hebben op eisers nevenwerkzaamheden voor (...). Naar het oordeel van de rechtbank kan uit het feit dat door een zoekmachine een verband is gelegd tussen geadresseerden en (...) niet worden afgeleid dat deze geadresseerden zich met (...) bezig hielden en evenmin dat de inhoud van de e-mails verband hield met (...). De rechtbank is overigens van oordeel dat de omvang van dit niet aan eisers werkzaamheden voor de Universiteit Twente gerelateerde e-mailgebruik, over een periode van omstreeks drie maanden, niet zo substantieel is dat eiser had behoren te begrijpen dat hij dergelijk incidenteel privé-gebruik achterwege had moeten laten. Verweerder heeft, voor wat betreft de nevenwerkzaamheden tijdens werktijd, dan ook ten onrechte geoordeeld dat eiser zich heeft schuldig gemaakt aan plichtsverzuim.

Ad b. Tussen partijen is niet in geschil dat op de site van het (...), waar deze site verwijst naar eisers nevenwerkzaamheden in het kader van zijn eigen bedrijf, en op een Volkskrantblog over eisers project “(...)” verwezen wordt naar de homepage van het Onderwijskundig Centrum van de Universiteit Twente en/of een aan de Universiteit Twente toebehorend e-mailadres. De rechtbank is van oordeel dat het op de weg van eiser had gelegen om er zorg voor te dragen dat deze verwijzingen ongedaan werden gemaakt. Dit was te meer zo, nu eiser hierop door zijn leidinggevende was aangesproken. Niet is gebleken dat het voor eiser onmogelijk was om deze verwijzingen ongedaan te laten maken. In dit opzicht heeft eiser, door deze verwijzingen niet ongedaan te (laten) maken, zich schuldig gemaakt aan plichtsverzuim.

Ad c. Vast staat dat eiser op 22 februari 2006 gedurende drie uren afwezig was van zijn werk en dat eiser op 28 februari 2006 de hele dag afwezig was van zijn werk, zonder dat eisers leidinggevende hiervan op de hoogte was.

Eiser heeft verklaard dat hij op 22 februari 2006 niet aanwezig was, vanwege lekkage aan zijn centrale verwarming thuis, welke met spoed gerepareerd moest worden. Eiser heeft verklaard dat zijn aanwezigheid thuis vereist was, om de verwarmingsmonteur te kunnen ontvangen. Eiser heeft voorts verklaard dat hij de secretaresse van de Dienst ITBE op de hoogte heeft gesteld van zijn afwezigheid,

omdat zijn leidinggevende op dat moment telefonisch niet bereikbaar was. Ter zitting is gebleken dat verweerder hiernaar geen navraag heeft gedaan bij de secretaresse van de Dienst ITBE. De rechtbank is van oordeel dat het, gelet op de op verweerder rustende plicht om besluiten zorgvuldig voor te bereiden, op de weg van verweerder had gelegen om hiernaar navraag te doen. De enkele omstandigheid dat de secretaresse dit niet uit eigen beweging aan eisers leidinggevende heeft doorgegeven is onvoldoende om aan te nemen dat eiser zich dus niet bij haar heeft afgemeld. Nu verweerder heeft nagelaten om hiernaar navraag te doen, moet het er voor worden gehouden dat eiser zich heeft afgemeld bij de secretaresse van de Dienst ITBE. De rechtbank is, gelet op de door eiser geschetste situatie op 22 februari 2006, waardoor eisers aanwezigheid thuis vereist was, van oordeel dat het eiser niet kan worden verweten dat hij zich, toen hij zijn leidinggevende niet telefonisch kon bereiken, heeft afgemeld bij de secretaresse van de Dienst ITBE. Niet gebleken is dat ten gevolge van eisers tijdelijke afwezigheid op 22 februari 2006 problemen zijn ontstaan bij de Dienst ITBE. Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiser zich, door zijn afwezigheid op 22 februari 2006, dan ook niet schuldig gemaakt aan plichtsverzuim.

Eiser heeft verklaard dat hij op 28 februari 2006 niet aanwezig was op zijn werk, omdat hij die dag een landelijke bijeenkomst heeft bijgewoond, die hij van zijn leidinggevende niet mocht bijwonen. De rechtbank is van oordeel dat het eiser niet vrijstond om, tegen de uitdrukkelijke wens van zijn leidinggevende in, deze bijeenkomst bij te wonen. Dat eiser meende dat zijn aanwezigheid bij deze bijeenkomst van groot belang was voor zijn werkzaamheden in het kader van het ‘(...)’ doet hieraan niet af. Eiser heeft zich in zoverre dan ook schuldig gemaakt aan plichtsverzuim.

Nu eiser zich aan plichtsverzuim heeft schuldig gemaakt, was verweerder bevoegd om hem een disciplinaire straf op te leggen.

De rechtbank is evenwel van oordeel dat het plichtsverzuim waaraan eiser zich schuldig heeft gemaakt, door het niet laten verwijderen van verwijzingen naar de Universiteit Twente op een tweetal websites en door zijn ongeoorloofde afwezigheid op 28 februari 2006, niet als zeer ernstig kan worden gekwalificeerd. De opgelegde disciplinaire straf van voorwaardelijk ontslag is, naar het oordeel van de rechtbank, dan ook disproportioneel.

Het beroep is derhalve gegrond en het bestreden besluit dient, wegens strijd met het bepaalde in de artikelen 3:2 en 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht te worden vernietigd.

De rechtbank ziet aanleiding om verweerder te veroordelen in de kosten die de andere partij in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten zijn, op basis van toekenning van 1 punt voor het beroep en 1 punt voor de behandeling ter zitting, begroot op € 644,- als kosten van verleende rechtsbijstand.

De rechtbank ziet geen aanleiding om een hogere vergoeding voor proceskosten toe te kennen.

3. Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- gelast verweerder om, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen, opnieuw op het bezwaar te beslissen;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten, welke begroot worden op € 644,-, door de de Universiteit Twente te betalen aan eiser;
- gelast dat de de Universiteit Twente aan eiser het betaalde griffierecht ad € 141,- vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door mr. E. Steendijk, voorzitter, mr. E.W. Akkerman en mr. J.J. Szauer-Bos, rechters en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van mr. A. van der Weij als griffier, op

Voorzieningenrechter Rotterdam 7 april 2008

fx.nl

LJN-nummer BC8951

Bestuursrecht, financiële dienstverlening, bemiddelen

Verzoekster is een bedrijf dat via internet een offerteservice aanbiedt. Zij verkoopt advertentieruimte op haar website door middel van “pay-per-click”, waarbij betaald moet worden voor iedere geïnteresseerde consument met nadere informatie. Het aanleveren van die gegevens gaat als volgt: de bezoekers van de website worden verzocht hun wensen aan te geven inzake het product dat zij willen afnemen (inzake een lening is bijvoorbeeld de hoogte, de looptijd, de kredietwaardigheid en het bestedingsdoel relevant), waarna een lijst van mogelijk aanbieders wordt verstrekt. De bezoekers wordt vervolgens verzocht aan te vinken bij welke aanbieders hij een offerte wil aanvragen, waarbij de bezoekers tevens wordt verzocht nadere gegevens in te vullen zoals leeftijd, beroep, maandinkomen en burgerlijke staat. Vervolgens kan het betreffende door verzoekster ontwikkelde formulier rechtstreeks via verzoeksters website worden gezonden naar de door de bezoeker geselecteerde aanbieders.

De AFM heeft verzoekster een last onder dwangsom opgelegd omdat zij zonder vergunning als bedoeld in art. 2:80 Wft bemiddelingsactiviteiten verricht.

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter levert de offerteservice van verzoekster niet een dergelijk bemiddelen op. Verzoekster verstrekt immers geen cliëntgegevens aan aanbieders van financiële produc-

ten, en zij verwijst ze ook niet door. Het zijn de consumenten zelf die een offerte aanvragen bij de aanbieders. Dat zij die offerte (kunnen) aanvragen via de website van verzoekster maakt niet dat verzoekster de betreffende gegevens verstrekt aan de aanbieders, doch slechts dat zij een platform biedt aan consumenten om zelf aan de hand van een door verzoekster opgestelde vragenlijst hun gegevens door te sturen aan aanbieders met het oog op het doen van een offerte door die aanbieders. Verzoekster biedt aldus een infrastructuur aan consumenten opdat zij zelf gerichte offertes kunnen opvragen bij aanbieders. Dat verzoekster hiermee inkomsten genereert door middel van 'pay-per-click' maakt dit niet anders.

UITSPRAAK naar aanleiding van het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht

in het geding tussen

[Naam BV], te [vestigingsplaats], verzoekster,
gemachtigde mr. M. Meijjer, advocaat te Amsterdam,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster (hierna: AFM),
gemachtigde mr. G.J.P. Jong, advocaat in dienstbetrekking van de AFM.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 12 maart 2008 heeft de AFM verzoekster gelast binnen tien werkdagen na bekendmaking van het besluit haar activiteiten als bemiddelaar als bedoeld in artikel 2:80 van de wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) te staken en gestaakt te houden, alsmede de AFM een bevestiging te overleggen dat zij daar gevolg aan geeft, onder verbeurte van een dwangsom van € 4.000,- voor ieder dag of gedeelte daarvan dat verzoekster niet aan de last voldoet, tot een maximum van € 80.000,-. Voorts heeft de AFM meegedeeld de last openbaar te maken door publicatie van het besluit op de website van de AFM en door publicatie van de kern van het besluit in een persbericht indien de dwangsom wordt verbeurd.

Verzoekster heeft bij brief van 20 maart 2008 bezwaar gemaakt tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit).

Voorts heeft verzoekster bij brief van 21 maart 2008 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen die er ertoe strekt dat zowel de last als de beslissing tot publicatie over te gaan bij verbeurte van de dwangsom worden geschorst totdat zowel onherroepelijk is beslist terzake de lastoplegging als terzake het door verzoekster bij de AFM ingediende ontheffingsverzoek. Voorts is de voorzieningenrechter verzocht daarbij te bepalen dat het verzoekster wordt

toegestaan haar activiteiten ongewijzigd voor te zetten en dat marktpartijen van haar activiteiten gebruik mogen maken.

Het onderzoek ter zitting heeft – achter gesloten deuren – plaatsgevonden op 3 april 2008. Verzoekster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Voorts is verschenen haar bestuurder J.M.T.W.M. Venmans. De AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Voorts zijn namens de AFM verschenen P.M. van Doorn, L. Sweers en mr. M. van Gils, allen werkzaam bij de AFM.

2. Overwegingen

2.1 Wettelijk kader

Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Ingevolge artikel 1:1 van de Wft wordt verstaan onder bemiddelen:

- a. alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake een ander financieel product dan een financieel instrument, krediet of verzekering tussen een consument en een aanbieder;
- b. alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake krediet tussen een consument en een aanbieder of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst; of
- c. alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een verzekering tussen een cliënt en een verzekeraar of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een verzekering.

In artikel 2:80, eerste en tweede lid, van de Wft is bepaald:

1. het is verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning te bemiddelen;
2. de AFM kan op aanvraag, al dan niet voor bepaalde tijd, ontheffing verlenen van het eerste lid indien de aanvrager aantoont dat de belangen die dit deel en het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen beogen te beschermen anderszins voldoende worden beschermd.

Ingevolge artikel 1:79, eerste en tweede lid, van de Wft en daarbij behorende bijlage 2:

1. kan de toezichthouder een last onder dwangsom opleggen terzake van een overtreding van artikel 2:80 van de Wft;

2. is artikel 5:32, tweede tot en met vijfde lid, en 5:33 tot en met 5:35 van de Awb van toepassing op de lastoplegging.

Artikel 1:99 van de Wft luidt:

“1. De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom ingevolge deze wet openbaar wanneer een dwangsom wordt verbeurd, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.

2. Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.”.

Ingevolge artikel 1:101, eerste lid, van de Wft vindt, indien een verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in Titel 8.3 van de Awb is gedaan tegen een besluit als bedoeld in artikel 1:99, eerste lid, Wft het onderzoek ter zitting plaats met gesloten deuren.

Ingevolge artikel 1:110, eerste lid, van de Wft is in afwijking van artikel 8:7 van de Awb, de rechtbank te Rotterdam bevoegd, indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit op grond van deze wet of indien om een voorlopige voorziening wordt verzocht ingevolge deze wet.

2.2 Feiten

Aan de stukken – waaronder de uitspraak van de voorzieningenrechter tussen partijen van 12 september 2007 (LJN: BB4577; JOR 2007/275) – ontleent de voorzieningenrechter het volgende.

Verzoekster is onder haar huidige rechtsvorm vanaf 1997 actief op het internet. Aanvankelijk onderhield zij een startpagina waarmee werd beoogd alle aanbieders van financiële producten bij elkaar te brengen. Thans onderhoudt zij de website www.fx.nl waarop ongeveer 130 aanbieders zijn vermeld. Van elke aanbieder is een link geplaatst waarop kan worden doorgelinkt naar website van die aanbieder. Op verzoeksters website wordt ten aanzien van financiële producten het nieuws, de actualiteit en de achtergrond vermeld. Er wordt een nieuwsbrief verspreid en de site bevat een productoverzicht van ongeveer 120 verschillende financiële producten. Per product kan via www.fx.nl een overzicht worden gemaakt van alle aanbieders en kan worden doorgelinkt naar algemene en specifieke informatie over het betreffende product. Verzoekster genereert inkomsten door middel van ‘pay-per-click’, voor het verkopen van advertentieruimte op haar website en via een vergoeding van € 45,- die zij doorberekent aan de aanbieder of een collectief van aanbieders waaraan zij nadere informatie van een geïnteresseerde consument aflevert. Zij had destijds met 20 tot 30 aanbieders een contract afgesloten waarin is neergelegd dat zij betaald krijgt voor het aanleveren van nadere gegevens van een bepaalde consument. Thans zouden er nog slechts contracten resteren met 6 aanbieders. Het aanleveren van die gegevens gaat als volgt: de bezoeker

kers van website worden verzocht hun wensen aan te geven inzake het product dat zij willen afnemen (inzake een lening is bijvoorbeeld de hoogte, de looptijd, de kredietwaardigheid en het bestedingsdoel relevant), waarna een lijst van mogelijke aanbieders wordt verstrekt. De bezoeker wordt vervolgens verzocht aan te vinken bij welke aanbieders hij een offerte wil aanvragen, waarbij de bezoeker tevens wordt verzocht nadere gegevens in te vullen zoals leeftijd, beroep, maandinkomen en burgerlijke staat. Vervolgens kan het betreffende door verzoekster ontwikkelde formulier rechtstreeks via verzoeksters website worden gezonden naar de door de bezoeker geselecteerde aanbieders.

In de Digitale Nieuwsbrief Wfd van de AFM van 5 september 2006 – te vinden op www.afm.nl – is onder meer het volgende opgenomen:

“Doorverwijzen: een vorm van bemiddelen?

Doorverwijzen van klanten kan een financiële dienst zijn waarvoor een Wfd-vergunning nodig is. Het doorgeven van informatie van een consument aan een aanbieder of andere bemiddelaar die relevant is voor het afsluiten van een financieel product, is bemiddelen in de zin van de Wet financiële dienstverlening (Wfd).

Bijvoorbeeld een bemiddelaar in autoverzekeringen met een Wfd-vergunning ontvangt van een autodealer de contactgegevens van de koper, de dagwaarde van de te kopen auto en het aantal schadevrije jaren. De autodealer is daarmee aan het bemiddelen. Hiervoor heeft hij een Wfd-vergunning nodig. De bemiddelaar in autoverzekeringen mag geen zaken doen met de autodealer tenzij de autodealer zelf een Wfd-vergunning heeft. Als de autodealer alleen de contactgegevens van de koper doorgeeft aan de bemiddelaar is dat geen bemiddeling.”

Op 29 september 2006 heeft verzoekster zich telefonisch gewend tot de AFM ten einde uitsluitel te krijgen over de vraag of haar activiteiten vergunningplichtig zijn onder de Wfd.

Bij brieven van 23 oktober 2006 en 22 december 2006 heeft zij de AFM verzocht het schriftelijke standpunt in te nemen dat zij geen vergunning nodig heeft.

De AFM heeft bij brief van 24 januari 2007 verzoekster meegedeeld dat zij op grond van de haar bekende gegevens meent dat verzoekster met haar offerteservice in 2006 artikel 10 van de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd) overtrad en thans artikel 2:80 van de Wft, welke wet per 1 januari 2007 onder meer de Wfd vervangt, overtreedt.

Verzoekster heeft bij brief van 26 april 2007 bezwaar gemaakt tegen het niet tijdig schriftelijk bevestigen dat de activiteiten van verzoekster niet vergunningplichtig zijn onder de Wfd/Wft.

Bij besluit van 2 juli 2007 heeft de AFM het bezwaar van verzoekster tegen het uitblijven van een bestuurlijk rechtsoordeel van de AFM omtrent de vraag of de activiteiten van verzoekster vergunningplichtig zijn onder de Wfd/Wft niet-ontvankelijk verklaard.

Bij brief van 4 juli 2007 heeft de AFM verzoekster bericht dat zij via haar website www.fx.nl bemiddelingsactiviteiten verricht als bedoeld in artikel 2:80 van de Wft zonder over de benodigde vergunning te beschikken en dat zij direct het illegale karakter van de activiteiten dient te corrigeren. In dit verband heeft de AFM er op gewezen dat verzoekster de keuze heeft om het bedrijfsmodel aan te passen waardoor zij buiten de reikwijdte van de wet valt of een vergunning aan te vragen. Daarbij is er op gewezen dat de AFM, indien verzoekster haar huidige illegale activiteiten blijft voortzetten, genoodzaakt zal zijn tot het treffen van formele maatregelen.

Naar aanleiding van het beroep tegen het besluit van 2 juli 2007, het bezwaar tegen de brief van de AFM van 4 juli 2007 en de door verzoekster terzake ingediende voorzieningen heeft de voorzieningenrechter bij uitspraak van 12 september 2007 het beroep ongegrond verklaard omdat geen aanleiding bestaat aan te nemen dat de AFM gehouden was een voor bezwaar vatbaar besluit te nemen terzake de vraag of verzoekster vergunningplichtig is. Verder heeft de voorzieningenrechter het met het beroep connexe verzoek afgewezen en het verzoek terzake de brief van 4 juli 2007 eveneens afgewezen. Dit laatste op de grond dat die brief geen besluit behelst.

Verzoekster heeft vervolgens de AFM bij brief van 8 oktober 2007 – onder protest – verzocht haar ontheffing te verlenen als bedoeld in artikel 2:80, tweede lid, van de Wft.

Bij besluit van 24 oktober 2007 heeft de AFM het bezwaar tegen haar brief van 4 juli 2007 niet-ontvankelijk verklaard onder verwijzing naar de uitspraak van voorzieningenrechter van 12 september 2007.

Bij besluit van 3 januari 2008 heeft verweerster het verzoek om ontheffing afgewezen. Daartoe is onder meer overwogen dat het enkele feit dat de partijen waarmee verzoekster samenwerkt over een Wft-vergunning beschikken, niet voldoende is om aan te nemen dat de belangen van de Wft anderszins voldoende worden beschermd. Ook indien verzoekster zelf over een Wft-vergunning zou beschikken om te bemiddelen zou zij slechts zaken mogen doen met onder toezicht staande instellingen, terwijl verder geldt dat ook de dienstverlening van verzoekster bijdraagt aan het bereiken van de belangen als bedoeld in artikel 2:80, tweede lid, van de Wft. Terzake het opmaken en beheren van een website, het accepteren van aanbieders en het op basis van keuzes van consumenten filteren van het totale aanbod dient te worden voldaan aan de door de wetgever opgenomen deskundigheidseisen en betrouwbaarheidseisen. Verzoekster dient volgens de AFM aldus te voldoen aan de aan een vergunning verbonden eisen inzake deskundigheid en betrouwbaarheid en zij dient voorts, net als andere bemiddelaars, een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.

Verzoekster heeft bij brief van 31 januari 2008 bezwaar gemaakt tegen deze afwijzing.

De AFM heeft verzoekster bij brief van 5 februari 2008 bericht voornemens te zijn haar een last onder dwangsom op te leggen om overtreding van artikel 2:80 van de Wft te bewerkstelligen. Het zienswijzegesprek dat nadien heeft plaatsgevonden heeft de AFM niet van dit voornemen afgebracht.

2.3 Standpunt van de AFM

De AFM heeft in het bestreden besluit gemotiveerd uiteen gezet waarom verzoekster naar haar oordeel kwalificeert als tussenpersoon als bedoeld in artikel 1:1, onder de definitie bemiddelen, van de Wft. Overwogen is in dit verband dat de werkzaamheden die verzoekster in de uitoefening van een beroep of bedrijf verricht zijn gericht op het tot stand brengen van een overeenkomst inzake een financieel product, anders dan een financieel instrument, tussen een consument, cliënt en een aanbieder/verzekeraar.

Van een enkel doorverwijzen van een consument naar een bepaalde aanbieder of bemiddelaar – hetgeen blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Wfd (TK 2004-2005, 29 507, nr. 9, p. 60) niet kwalificeert als bemiddelen, zoals de AFM de markt in haar Digitale Nieuwsbrief Wfd van 5 september 2006 ook heeft voorgelicht – is volgens de AFM in het onderhavige geval geen sprake. Er is daarentegen sprake van werkzaamheden gericht op een inhoudelijke betrokkenheid bij het tot stand brengen van overeenkomst inzake een financieel product tussen een consument en een aanbieder.

Verder is naar aanleiding van de zienswijze in dit verband overwogen dat de term tussenpersoon blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Wfd (TK 2004-2005, 29 507, nr. 9, p. 60) en de Wft (TK 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 363) is gebruikt om tot uitdrukking te brengen dat degenen die bemiddelt zelf geen contractuele wederpartij wordt bij de overeenkomst die door zijn werkzaamheden tot stand komt tussen aanbieder en consument.

Voorts is naar aanleiding van de zienswijze overwogen dat het plaatsen van een advertentie met een coupon in een tijdschrift de uitgever niet reeds tot bemiddelaar maakt. Terzake de advertentie koopt een financiële dienstverlener ruimte in een tijdschrift om de betreffende coupon te plaatsen. De uitgever ontvangt echter geen geldelijke beloning voor de gegevens van de consument die worden aangeleverd aan een aanbieder of bemiddelaar, maar ontvangt een geldelijke beloning voor de verkochte advertentie. Indien de uitgever wel een geldelijke beloning voor de gegevens van de consument die worden aangeleverd aan een aanbieder of bemiddelaar zou ontvangen is hij wel vergunningplichtig.

Ten slotte is in dit verband overwogen dat het feit dat de vergoeding die verzoekster van aanbieders ontvangt voor de offerteservice niet is gerelateerd aan de vraag of er al dan niet een overeenkomst tot stand komt niet relevant is voor de vraag of sprake is van bemiddelen. Het gaat er om dat een vergoeding wordt ontvangen voor het doorgeven van de gegevens van de consument aan diverse aanbieders. Of de overeenkomst daadwerkelijk tot stand komt is geen bestanddeel van bemiddelen.

Nu verzoekster ondanks herhaaldelijk verzoek daartoe van de AFM niet is gestopt met bieden van haar offerteservice acht de AFM de oplegging van een last onder dwangsom geboden. Zij ziet geen aanleiding daarmee te wachten totdat is beslist op het bezwaar inzake het ontheffingsverzoek.

Bij de hoogte van de dwangsom heeft de AFM onder meer in aanmerking geno-

men dat eerdere verzoeken de bemiddelingactiviteiten te staken vruchteloos zijn geweest.

Ten aanzien van de openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:99, eerste lid, van de Wft heeft de AFM overwogen dat zij geen aanwijzingen heeft dat het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, zodat zij – behoudens schorsing als bedoeld in het tweede lid – daartoe zal overgaan door publicatie van het besluit op de website van de AFM en door publicatie van de kern van het besluit in een persbericht indien de dwangsom wordt verbeurd.

2.4 Standpunt verzoekster

Verzoekster heeft in het kader van haar verzoek aangevoerd dat:

- zij niet vergunningplichtig is en de AFM de door haar terzake aangevoerde argumenten ten onrechte heeft gepasseerd;
- de AFM al meer dan anderhalf jaar op de hoogte is van de activiteiten van verzoekster en dat zelfs medewerkers van de AFM zijn geabonneerd op de nieuwsbrief van verzoekster;
- zij door de AFM is uitgenodigd een ontheffingsverzoek te doen, waarbij haar mondeling is toegezegd dat de aanvraag in behandeling wordt genomen ook indien verzoekster haar activiteiten zou voortzetten. Verzoekster vermag in dit verband niet in te zien waarom niet de besluitvorming in bezwaar terzake de ontheffing kan worden afgewacht;
- indien verzoekster haar activiteiten hangende het bezwaar inzake het niet verlenen van ontheffing niet mag voortzetten, de te nemen beslissing op bezwaar terzake de facto niet meer van belang zal zijn omdat verzoekster dan haar deuren reeds heeft moeten sluiten, hetgeen het spoedeisende belang van verzoekster onderstreept;
- de door verzoekster aangevoerde argumenten in de zienswijze tegen de voorgenomen last zijn verworpen, terwijl door de AFM nauwelijks op die zienswijze is ingegaan.

Ter zitting is van de zijde van verzoekster nog benadrukt dat er geen sprake is van bemiddeling door verzoekster nu zij geen enkel advies inzake de producten uitbrengt. Haar offerteservice is gericht op het tot stand brengen van een offerte-aanvraag niet op het stand brengen van overeenkomsten. De AFM neemt uitsluitend op basis van het verzenden van gegevens aan aanbieders een vergunningsplicht. Die activiteit is echter geen andere dan die van een postdienst. Ten slotte is aangevoerd dat in het eerste contact met een medewerkster van de AFM in september 2006 het vertrouwen bij verzoekster is gewekt dat haar activiteiten niet vergunningplichtig waren.

2.5 Beoordeling

De voorzieningenrechter stelt bij zijn beoordeling van het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening voorop dat het opvolgen van de last betekent dat

verzoekster haar bedrijfsactiviteiten (in de huidige vorm) zal moeten staken, zodat aangenomen moet worden dat sprake is van spoedeisend belang. De voorzieningenrechter komt aldus toe aan een voorlopig rechtmatigheidsoordeel terzake het bestreden besluit.

De vraag die in dit verband ten eerste voorligt is of de AFM terecht tot het oordeel is gekomen dat verzoekster artikel 2:80 van de Wft overtreedt door te bemiddelen. Daarvan is sprake indien de offerteservice van verzoekster is gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake een financieel product, anders dan een financieel instrument, tussen een consument, cliënt en een aanbieder/verzekeraar.

Dienaangaande overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de AFM een juiste definitie van bemiddelen en tussenpersoon heeft gehanteerd.

In de Nota naar aanleiding van het verslag betreffende de Wfd (TK 2004-2005, 29 507, nr. 9) is op bladzijde 60 ten aanzien van artikel 1, onderdeel e, van de Wfd overwogen:

“Het begrip tussenpersoon is opgenomen in de definitie van «bemiddelen» (en komt verder niet voor in de wettekst zelf) om tot uitdrukking te brengen dat degene die bemiddelt geen contractuele wederpartij wordt bij de overeenkomst die door zijn werkzaamheden totstandkomt tussen een aanbieder en een consument. Dit in tegenstelling tot de aanbieder van financiële producten. Een en ander is nader toegelicht in de toelichting op de definitie van «bemiddelen». In het licht van het voorgaande heeft het opnemen van een afzonderlijke definitie van «tussenpersoon» geen toegevoegde waarde.

(...)

Het enkele doorverwijzen van een consument naar een bepaalde aanbieder of bemiddelaar is geen werkzaamheid gericht op een inhoudelijke betrokkenheid bij het tot stand brengen van overeenkomst inzake een financieel product tussen een consument en een aanbieder. In die zin kan de enkele doorverwijzing van een consument, waarna hij vervolgens zelf contact moet leggen met de aanbieder of de bemiddelaar en de inhoud van de eventuele overeenkomst vervolgens uitsluitend wordt bepaald door de relatie aanbieder / bemiddelaar en consument, niet worden aangemerkt als bemiddeling.”

De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om terzake de Wft tot een andere uitleg te komen, temeer niet nu – zoals de AFM heeft overwogen – in de wetsgeschiedenis van de Wft terzake wordt verwezen naar artikel 1, onderdeel e, van de Wfd (TK 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 363).

Onder de definitie van bemiddelen is anders dan verzoekster meent niet tevens een vorm van advisering begrepen. Voor een uitleg zoals verzoekster die voorstaat is te minder reden nu gelet op artikel 2:75 van de Wft (een afzonderlijke) vergunning is vereist voor advieswerkzaamheden.

Niettemin levert de offerteservice van verzoekster naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet een dergelijk bemiddelen op. De voorzieningenrechter is namelijk van oordeel dat verzoekster – anders dan de AFM stelt – geen cliëntgegevens verstrekt aan aanbieders van financiële producten of anderszins cliënten doorverwijst naar aanbieders. Het zijn de consumenten zelf die een offerte aanvragen bij de aanbieders. Dat zij die offerte (kunnen) aanvragen via de website van verzoekster maakt niet dat verzoekster de betreffende gegevens verstrekt aan de aanbieders, doch slechts dat zij een platform biedt aan consumenten om zelf aan de hand van een door verzoekster opgestelde vragenlijst hun gegevens door te sturen aan aanbieders met het oog op het doen van een offerte door die aanbieders. Verzoekster biedt aldus een infrastructuur aan consumenten opdat zij zelf gerichte offertes kunnen opvragen bij aanbieders. Dat verzoekster hiermee inkomsten genereert door middel van ‘pay-per-click’ maakt dit niet anders. De activiteiten van verzoekster kunnen derhalve noch als zogenoemde – thans niet meer onder het toezicht vallende – cliëntenremisieractiviteiten worden aangemerkt noch als orderremisieractiviteiten die wel vergunningplichtig zijn. In zoverre kan een vergelijking worden gemaakt met hetgeen de rechtbank terzake een daghandelcentrum heeft overwogen in haar uitspraak van 29 september 2006 (LJN: AY9724; JOR 2006/272).

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft verzoekster artikel 2:80, eerste lid, van de Wft niet overtreden en kwam de AFM derhalve niet de bevoegdheid toe op te treden met een last als hier aan de orde.

De voorzieningenrechter komt vervolgens toe aan de voorgenomen openbaarmaking van de last ingeval van verbeurte van een (gedeelte van de maximaal te verbeuren) dwangsom.

Gelet op het wettelijke systeem dat besloten ligt in de artikelen 1:99, 1:101 en 1:110 van de Wft en de afweging die de AFM gelet op het slotdeel van artikel 1:99, eerste lid, van de Wft dient te maken, dient hetgeen de AFM heeft overwogen terzake openbaarmaking te worden aangemerkt als een op zelfstandig rechtsgevolg gericht besluitonderdeel, ten aanzien waarvan een voorziening kan worden verzocht bij de voorzieningenrechter, en waartegen ook bezwaar kan worden gemaakt en beroep ingesteld in de hoofdzaak, dit ook indien de lastoplegging zelf stand zou kunnen houden.

Nu het bezwaar alsmede het verzoek mede is gericht tegen dit besluitonderdeel ziet de voorzieningenrechter, reeds gelet op hetgeen hij hiervoor ten aanzien van de lastoplegging heeft overwogen, aanleiding om zowel de lastoplegging als de beslissing tot openbaarmaking te schorsen.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding het bestreden besluit aldus in zijn geheel te schorsen. De voorzieningenrechter ziet daarbij geen aanleiding de schorsing in de tijd te beperken, zodat die voortduurt tot en met zes weken na de bekendmaking van de beslissing op het bezwaar van verzoekster tegen het bestreden besluit of, indien binnen die termijn door verzoekster beroep is ingesteld, uitspraak is gedaan in het beroep.

Daar een voorziening zich slechts kan uitstrekken tot het bestreden besluit kan de voorzieningenrechter geen gevolg geven aan het nevenverzoek van verzoekster te

bepalen dat het verzoekster wordt toegestaan haar activiteiten ongewijzigd voor te zetten en dat marktpartijen van haar activiteiten gebruik mogen maken. Ter voorlichting van verzoekster merkt de voorzieningenrechter op dat de schorsing van het bestreden besluit wel feitelijk dit door verzoekster beoogde rechtsgevolg heeft.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding de AFM te veroordelen in de kosten die verzoekster in verband met de behandeling van het verzoek tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De voorzieningenrechter bepaalt de proceskosten op € 644,- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

3. Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe en schorst het bestreden besluit, bepaalt dat de AFM aan verzoekster het betaalde griffierecht van € 288,- vergoedt,

veroordeelt de AFM in de proceskosten tot een bedrag van € 644,- en wijst haar aan als de rechtspersoon die deze kosten aan verzoeker moet vergoeden.

Aldus gedaan door mr. P. van Zwieten, voorzieningenrechter, en door deze en mr. drs. R. Stijnen, griffier, ondertekend.

De griffier:

De voorzieningenrechter:

Uitgesproken in het openbaar op 7 april 2008.

Rechtbank Middelburg 23 april 2008
Marktplaats oplichting
LJN-nummer BD0409

Oplichting via marktplaats, schending van vertrouwen in handelsverkeer via internet

Verdachte heeft gedurende ongeveer vijf maanden veelvuldig misbruik gemaakt van het vertrouwen van aspirant-kopers, die via de aankoop- en verkoopsite Marktplaats.nl op internet gereageerd hebben op advertenties, dan wel zelf kenbaar hebben gemaakt goederen te willen kopen. Verdachte heeft goederen, zoals gsm-telefoons, spelcomputers en munten aangeboden, waarop door aspirant-kopers werd gereageerd. Verdachte heeft zich

voorgedaan als een bonafide verkoper, terwijl hij van tevoren wist dat hij die goederen niet zou leveren.

Verdachte stuurde e-mails waarin hij onder meer stelde het te verkopen goed te hebben gekregen bij het aangaan van een abonnement, zodat de aspirant-kopers dachten voor relatief weinig geld een zo goed als nieuw product te kunnen verwerven.

Wanneer de kopers het aankoopbedrag op een door verdachte opgegeven rekeningnummer hadden overgemaakt, stuurde hij, overeenkomstig zijn voornemen, het gekochte goed niet naar de kopers op. Hij liet daarna niets meer van zich horen en ging over tot het misleiden van nieuwe slachtoffers. Het gaat in totaal om 20 bewezenverklaarde feiten, waarvan de aangevers allen door verdachte financieel zijn benadeeld.

De financiële schade is nog relatief beperkt gebleven, daar de door verdachte aan zijn slachtoffers ontstolen bedragen waarden betreffen tussen € 75,- en € 250,-, met enkele uitschieters tot een maximum van € 4.180,-, zodat het totaal ruim € 12.000,- beloopt.

De rechtbank acht dit ergerlijke feiten, die niet alleen materiële schade, ergernis en ongemak hebben veroorzaakt, maar ook het vertrouwen van mensen in het handelsverkeer via internet hebben geschaad. Veroordeling tot 15 maanden gevangenisstraf, waarvan 5 voorwaardelijk, en schadevergoeding aan de slachtoffers.

VONNIS

van de rechtbank Middelburg, meervoudige kamer voor strafzaken, in de strafzaak tegen:

[verdachte],
geboren op [geboortedatum en -plaats]
wonende [adres]
thans gedetineerd in Penitenciaire Inrichting Zuid West – De Dordtse Poorten te Dordrecht, Kerkeplaat 25,

ter terechtzitting verschenen.

Als raadsman van de verdachte is ter terechtzitting verschenen mr. M.C. van der Want, advocaat te Middelburg.

Onderzoek van de zaak

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 10 april 2008.

De rechtbank heeft kennisgenomen van de vordering van de officier van justitie mr. J. Zondervan en van hetgeen door en/of namens de verdachte naar voren is gebracht. De officier van justitie heeft gevorderd dat de verdachte ter zake van het onder 1 primair, 2 primair en 3 primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 20 maanden, met aftrek, waarvan 4 maanden voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaren. Ten aanzien van de vorderingen van de benadeelde partijen heeft de officier van justitie gevorderd:

1. [benadeelde partij 1] toewijzen tot € 75,-,
2. [benadeelde partij 2] toewijzen tot € 250,-,
3. [benadeelde partij 3] toewijzen tot € 80,-,
4. [benadeelde partij 4] toewijzen tot € 150,-,
5. [benadeelde partij 5] toewijzen tot € 1.145,45,
6. [benadeelde partij 6] toewijzen tot € 125,-,
7. [benadeelde partij 7] toewijzen tot € 100,-,
8. [benadeelde partij 8] toewijzen tot € 1.108,72,
9. [benadeelde partij 9] toewijzen tot € 4.280,-,
10. [benadeelde partij 10] toewijzen tot € 306,60,
11. [benadeelde partij 11] toewijzen tot € 106,-,

telkens -in combinatie daarmee- oplegging van de schademaatregel als bedoeld in artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht.

De overige benadeelde partijen dienen in hun vordering niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De officier van justitie heeft ter terechtzitting kenbaar gemaakt dat het openbaar ministerie voornemens is een vordering ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, als bedoeld in artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht tegen de verdachte aanhangig te maken, tenzij het voordeel te niet wordt gedaan door betaling van de vorderingen van de benadeelde partijen door verdachte of zijn mededader.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd hetgeen vermeld staat in de inleidende dagvaarding. De tekst van de tenlastelegging luidt als volgt.

Aan verdachte wordt tenlastegelegd dat:

1. hij in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 26 december 2006 tot en met 27 maart 2007 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtsels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):

- in of omstreeks de periode van 9 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Raamsdonksveer [benadeelde partij 7] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 100,- euro
(aangifte: dossier blz. 40)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 9 januari 2007 te Sittard [benadeelde partij 6] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 125,- euro
(aangifte: dossier blz. 41)

en/of

- in of omstreeks de periode van 31 december 2006 tot en met 12 januari 2007 te Reuver [benadeelde partij 11] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 100,- euro
(aangifte: dossier blz. 42)

en/of

- in of omstreeks de periode van 26 december 2006 tot en met 9 januari 2007 te Tiel [slachtoffer 1] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 356,- euro
(aangifte: dossier blz. 43)
- in of omstreeks de periode van 31 december 2006 tot en met 3 januari 2007 te Eindhoven [benadeelde partij 5] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 1145,45 euro
(aangifte: dossier blz. 44)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 3 januari 2007 te Capelle aan den IJssel [benadeelde partij 4] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 150,- euro
(aangifte: dossier blz. 45)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Amersfoort [slachtoffer 2] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 250,- euro
(aangifte: dossier blz. 46)

en/of

- in of omstreeks de periode van 8 januari 2007 tot en met 27 maart 2007 te Waddinxveen [benadeelde partij 10] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 320,- euro
(aangifte: dossier blz. 47)

en/of

- in of omstreeks de periode van 3 januari 2007 tot en met 22 januari 2007 te Wolvega [benadeelde partij 3] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 80,- euro
(aangifte: dossier blz. 48)
- in of omstreeks de periode van 4 januari 2007 tot en met 5 januari 2007 te Woerden [slachtoffer 3] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 75,- euro
(aangifte: dossier blz. 53)

hebbende hij, verdachte en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk -zakelijk weergegeven- valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een of meer mobiele telefoon(s) en/of een laptop en/of een X-Box 360 Premium en/of een hoeveelheid gouden- en zilveren munten en/of een of meer playstation(s) te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)
- met die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] (via het/de e-mailadres(sen) “[e-mailadres 1] en/of [e-mailadres 2]”) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren) en/of
- aan die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] (via bovengenoemde e-mailadres(sen)) een bankrekeningnummer op naam van [benadeelde partij 8] van de RABObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] (telkens) werd(en) bewogen tot bovengenoemde afgifte(n);

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor het vorenstaande onder 1 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, subsidiair, terzake dat

[naam onbekend persoon], althans een tot op dit moment onbekend gebleven persoon, in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 26 december 2006 tot en met 27 maart 2007 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtfels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):

- in of omstreeks de periode van 9 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Raamsdonksveer [benadeelde partij 7] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 100,- euro

(aangifte: dossier blz. 40)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 9 januari 2007 te Sittard [benadeelde partij 6] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 125,- euro (aangifte: dossier blz. 41)

en/of

- in of omstreeks de periode van 31 december 2006 tot en met 12 januari 2007 te Reuver [benadeelde partij 11] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 100,- euro (aangifte: dossier blz. 42)

en/of

- in of omstreeks de periode van 26 december 2006 tot en met 9 januari 2007 te Tiel [slachtoffer 1] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 356,- euro (aangifte: dossier blz. 43)
- in of omstreeks de periode van 31 december 2006 tot en met 3 januari 2007 te Eindhoven [benadeelde partij 5] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 1145,45 euro (aangifte: dossier blz. 44)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 3 januari 2007 te Capelle aan den IJssel [benadeelde partij 4] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 150,- euro (aangifte: dossier blz. 45)

en/of

- in of omstreeks de periode van 1 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Amersfoort [slachtoffer 2] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 250,- euro (aangifte: dossier blz. 46)

en/of

- in of omstreeks de periode van 8 januari 2007 tot en met 27 maart 2007 te Waddinxveen [benadeelde partij 10] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 320,- euro (aangifte: dossier blz. 47)

en/of

- in of omstreeks de periode van 3 januari 2007 tot en met 22 januari 2007 te Wolvega [benadeelde partij 3] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 80,- euro (aangifte: dossier blz. 48)
- in of omstreeks de periode van 4 januari 2007 tot en met 5 januari 2007 te Woerden [slachtoffer 3] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 75,- euro (aangifte: dossier blz. 53)
hebbende die [naam onbekend persoon], althans die tot op dit moment onbekend gebleven persoon en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid
- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een of meer mobiele telefoon(s) en/of een laptop en/of een

- X-Box 360 Premium en/of een hoeveelheid gouden- en zilveren munten en/of een of meer playstation(s) te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)
- met die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] (via het/de e-mailadres(sen) “[e-mailadres 1] en/of [e-mailadres 2]) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren) en/of
 - aan die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of Den [slachtoffer 3] (via bovengenoemde e-mailadres(sen)) een bankrekeningnummer op naam van [benadeelde partij 8] van de RABObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [benadeelde partij 7] en/of [benadeelde partij 6] en/of [benadeelde partij 11] en/of [slachtoffer 1] en/of [benadeelde partij 5] en/of [benadeelde partij 4] en/of [slachtoffer 2] en/of [benadeelde partij 10] en/of [benadeelde partij 3] en/of [slachtoffer 3] (telkens) werd(en) bewogen tot bovengenoemde afgifte(n), bij en/of tot het plegen van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, toen aldaar, opzettelijk behulpzaam is geweest en/of opzettelijk gelegenheid, middelen en/of inlichtingen heeft verschaft door opzettelijk die [benadeelde partij 8] te benaderen met het verzoek zijn (die [benadeelde partij 8]s) bankrekening ter beschikking te stellen om bovengenoemde bedrag(en) daarop te laten storten;

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

art 48 ahf/sub 2 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor al het vorenstaande onder 1 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, meer subsidiair, terzake dat

in of omstreeks de periode van 26 december 2006 tot en met 27 maart 2007 te Hengelo en/of te Apeldoorn en/of te Arnhem, in elk geval in Nederland, meer-malen, in elk geval eenmaal (een) geldbedrag(en) (van in totaal ongeveer 5000,-euro) heeft verworven, voorhanden heeft gehad en/of heeft overgedragen, terwijl hij ten tijde van het verwerven of het voorhanden krijgen van voornoemde geldbedrag(en) wist dat het (een) door oplichting, in elk geval door misdrijf verkregen goed betrof;

art 416 lid 1 ahf/ond a Wetboek van Strafrecht

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

2. hij in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtsels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):

– in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 18 januari 2007 te Nijmegen [slachtoffer 4] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 90,- euro (aangifte: dossier blz. 35)

en/of

– in of omstreeks de periode van 18 januari 2007 tot en met 19 januari 2007 te Bennekom [slachtoffer 5] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 36)

en/of

– in of omstreeks de periode van 24 januari 2007 tot en met 6 februari 2007 te Assen [slachtoffer 6] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 37)

en/of

– in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 23 januari 2007 te Beilen [slachtoffer 7] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 38)

– in of omstreeks de periode van 19 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 te Etten-Leur [slachtoffer 8] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 210,- euro (aangifte: dossier blz. 39)

en/of

– in of omstreeks de periode van 17 januari 2007 tot en met 1 februari 2007 te Zeist [slachtoffer 9] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 210,- euro (aangifte: dossier blz. 50)

en/of

– in of omstreeks de periode van 17 januari 2007 tot en met 29 januari 2007 te Rotterdam [slachtoffer 10] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 206,20 euro (aangifte: dossier blz. 51)

hebbende hij, verdachte en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk -zakelijk weergegeven- valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

– op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een mobiele telefoon en/of een of meer (TomTom) naviga-

tiesyste(e)m(en) en/of een of meer (gouden) munten te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)

- met die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (via het e-mailadres “[e-mailadres 3]”) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren) en/of
- aan die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (via bovengenoemd e-mailadres) een bankrekeningnummer op naam van [gebruikte naam] van de ABN-AMRObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (telkens) werd(en) bewogen tot bovengenoemde afgifte(n);

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor het vorenstaande onder 2 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, subsidiair, terzake dat

[naam onbekend persoon], althans een tot op dit moment onbekend gebleven persoon, in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtsels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):

- in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 18 januari 2007 te Nijmegen [slachtoffer 4] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 90,- euro (aangifte: dossier blz. 35)

en/of

- in of omstreeks de periode van 18 januari 2007 tot en met 19 januari 2007 te Bennekom [slachtoffer 5] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 36)

en/of

- in of omstreeks de periode van 24 januari 2007 tot en met 6 februari 2007 te Assen [slachtoffer 6] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 37)

en/of

- in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 23 januari 2007 te Beilen [slachtoffer 7] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 200,- euro (aangifte: dossier blz. 38)
- in of omstreeks de periode van 19 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 te Etten-Leur [slachtoffer 8] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 210,- euro (aangifte: dossier blz. 39)

en/of

- in of omstreeks de periode van 17 januari 2007 tot en met 1 februari 2007 te Zeist [slachtoffer 9] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 210,- euro (aangifte: dossier blz. 50)

en/of

- in of omstreeks de periode van 17 januari 2007 tot en met 29 januari 2007 te Rotterdam [slachtoffer 10] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 206,20 euro (aangifte: dossier blz. 51)
hebbende die [naam onbekend persoon], althans die tot op dit moment onbekend gebleven persoon en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid
- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een mobiele telefoon en/of een of meer (TomTom) navigatiesyste(e)m(en) en/of een of meer (gouden) munten te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)
- met die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (via het e-mailadres “[e-mailadres 3]”) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren) en/of
- aan die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (via bovengenoemd e-mailadres) een bankrekeningnummer op naam van [gebruikte naam] van de ABN-AMRObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] en/of [slachtoffer 10] (telkens) werd(en) bewogen tot bovenschreven afgifte(n), bij en/of tot het plegen van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, toen aldaar, opzettelijk behulpzaam is geweest en/of opzettelijk gelegenheid, middelen en/of inlichtingen heeft verschaft door opzettelijk die [gebruikte naam] te benaderen met het verzoek haar (die [gebruikte naam]) bankrekening ter beschikking te stellen om bovengenoemde bedrag(en) daarop te laten storten;

art 326 Wetboek van Strafrecht
art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht
art 48 ahf/sub 2 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor al het vorenstaande onder 2 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, meer subsidiair, terzake dat

in of omstreeks de periode van 16 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 te Amstelveen en/of Rotterdam en/of Amsterdam, in elk geval in Nederland, meermaalen, in elk geval eenmaal (een) geldbedrag(en) (van in totaal ongeveer 3600,- euro) heeft verworven, voorhanden heeft gehad en/of heeft overgedragen, terwijl hij ten tijde van het verwerven of het voorhanden krijgen van voornoemde geldbedrag(en) wist dat het (een) door oplichting, in elk geval door misdrijf verkregen goed betrof;

art 416 lid 1 ahf/ond a Wetboek van Strafrecht
art 326 Wetboek van Strafrecht
art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

3. hij in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtsels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):
- in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 te Westervoort [slachtoffer 11] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 3168.50 euro
 (aangifte: dossier blz. 28)
 - en/of
 - in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 4 november 2006 te Wezep [slachtoffer 12] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 1100,- euro
 (aangifte: dossier blz. 34)
 - en/of
 - in of omstreeks de periode van 3 november 2006 tot en met 5 november 2006 te Vessem [benadeelde partij 9] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 4180,- euro
 (aangifte: dossier blz. 52)
- hebbende hij, verdachte en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een of meer partij(en) (zilveren) munten te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)
 - met die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (via het/de e-mailadres(sen)) “[e-mailadres 4]” en/of “[e-mailadres 5]” en/of “[e-mailadres 6]”) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren)
- en/of
- aan die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (via bovengenoemd(e) e-mailadres(sen)) een bankrekeningnummer op naam van [slachtoffer 13] van de RABObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (telkens) werd(en) bewogen tot bovenomschreven afgifte(n);

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor het vorenstaande onder 3 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, subsidiair, terzake dat

[naam onbekend persoon], althans een tot op dit moment onbekend gebleven persoon, in of omstreeks na te noemen tijdvak(ken), in elk geval in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 in/op na te noemen plaats(en), althans in het arrondissement Middelburg, in elk geval (elders) in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, en/althans alleen, (telkens) met het oogmerk om zich en/of (een) ander(en) wederrechtelijk te bevoordelen (telkens) door het aannemen van een valse naam en/of van een valse hoedanigheid en/of door een of meer listige kunstgrepen en/of door een samenweefsel van verdichtsels, na te noemen perso(o)n(en) heeft/hebben bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedrag(en), althans van enig(e) geldbedrag(en):

- in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 te Westervoort [slachtoffer 11] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 3168.50 euro
(aangifte: dossier blz. 28)

en/of

- in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 4 november 2006 te Wezep [slachtoffer 12] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 1100,- euro
(aangifte: dossier blz. 34)

en/of

- in of omstreeks de periode van 3 november 2006 tot en met 5 november 2006 te Vessem [benadeelde partij 9] heeft/hebben bewogen tot afgifte van 4180,- euro

(aangifte: dossier blz. 52)

hebbende die [naam onbekend persoon], althans die tot op dit moment onbekend gebleven persoon en/of zijn mededader(s) toen aldaar (telkens) met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) een of meer advertenties geplaatst waarin een of meer partij(en) (zilveren) munten te koop werd(en) aangeboden en/of (vervolgens)
- met die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (via het/de e-mailadres(sen) “[e-mailadres 4]” en/of “[e-mailadres 5]” en/of “[e-mailadres 6]”) een of meerma(a)l(en) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren)

en/of

- aan die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (via bovengenoemd(e) e-mailadres(sen)) een bankrekeningnummer op naam van [slachtoffer 13] van de RABObank doorgegeven waarop het/de aankoopbedrag(en) kon(den) worden gestort, waardoor die [slachtoffer 11] en/of [benadeelde partij 8] en/of [benadeelde partij 9] (telkens) werd(en) bewogen tot bovenomschreven afgifte(n), bij en/of tot het plegen van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, toen aldaar, opzettelijk behulpzaam is geweest en/of opzettelijk gelegenheid, middelen en/of inlichtingen heeft verschaft door opzettelijk die [slachtoffer 13] te benaderen met het verzoek zijn (die [slachtoffer 13]) bankrekening ter beschikking te stellen om bovengenoemde bedrag(en) daarop te laten storten;

art 326 Wetboek van Strafrecht

art 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

art 48 ahf/sub 2 Wetboek van Strafrecht

en/althans, voor zover voor al het vorenstaande onder 3 geen veroordeling mocht of zou kunnen volgen, meer subsidiair, terzake dat

in of omstreeks de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 te Berkel en Roderijs en/of Goes en/of Middelburg, in elk geval in Nederland, meermalen, in elk geval eenmaal (een) geldbedrag(en) (van in totaal ongeveer 9000,- euro) heeft verworven, voorhanden heeft gehad en/of heeft overgedragen, terwijl hij ten tijde van het verwerven of het voorhanden krijgen van voornoemde geldbedrag(en) wist dat het (een) door oplichting, in elk geval door misdrijf verkregen goed betrof;

art 416 lid 1 ahf/ond a Wetboek van Strafrecht

Bewezenverklaring

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 1 primair, 2 primair en 3 primair tenlastegelegde heeft begaan met dien verstande dat:

1. primair

hij in na te noemen tijdvak in na te noemen plaatsen, telkens met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen telkens door een samenweefsel van verdicht-sels, na te noemen personen heeft bewogen tot de afgifte van na te noemen geld-bedragen:

– in de periode van 9 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Raamsdonks-veer [benadeelde partij 7] heeft bewogen tot afgifte van 100,- euro

en

– in de periode van 1 januari 2007 tot en met 9 januari 2007 te Sittard [bena-deelde partij 6] heeft bewogen tot afgifte van 125,- euro

en/of

– in de periode van 31 december 2006 tot en met 12 januari 2007 te Reuver [benadeelde partij 11] heeft tot afgifte van 100,- euro

en

– in de periode van 26 december 2006 tot en met 9 januari 2007 te Tiel [slacht-offer 1] heeft bewogen tot afgifte van 356,- euro

– in van 31 december 2006 tot en met 3 januari 2007 te Eindhoven [benadeelde partij 5] heeft bewogen tot afgifte van 1145,45 euro

en

– in de periode van 1 januari 2007 tot en met 3 januari 2007 te Capelle aan den IJssel [benadeelde partij 4] heeft bewogen tot afgifte van 150,- euro

en

– in de periode van 1 januari 2007 tot en met 17 januari 2007 te Amersfoort [slachtoffer 2] heeft bewogen tot afgifte van 250,- euro

en

– in de periode van 8 januari 2007 tot en met 27 maart 2007 te Waddinxveen [benadeelde partij 10] heeft bewogen tot afgifte van 320,- euro

en

– in de periode van 3 januari 2007 tot en met 22 januari 2007 te Wolvega [bena-deelde partij 3] heeft bewogen tot afgifte van 80,-

– in de periode van 4 januari 2007 tot en met 5 januari 2007 te Woerden [slacht-offer 3] heeft bewogen tot afgifte van 75,- euro hebbende hij, verdachte toen aldaar telkens met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – val-selijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

– op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) advertenties geplaatst waar-in mobiele telefoons en een laptop en een X-Box 360 Premium en een hoe-veelheid gouden- en zilveren munten en playstations te koop werden aange-boden en vervolgens

- met die [benadeelde partij 7] en [benadeelde partij 6] en [benadeelde partij 11] en [slachtoffer 1] en [benadeelde partij 5] en [benadeelde partij 4] en [slachtoffer 2] en [benadeelde partij 10] en [benadeelde partij 3] en [slachtoffer 3] (via de e-mailadres(sen) “[e-mailadres 1] en [e-mailadres 2]) contact onderhouden en overleg gevoerd en informatie gegeven aan die [benadeelde partij 7] en [benadeelde partij 6] en [benadeelde partij 11] en [slachtoffer 1] en [benadeelde partij 5] en [benadeelde partij 4] en [slachtoffer 2] en [benadeelde partij 10] en [benadeelde partij 3] en [slachtoffer 3] over de wijze van levering van bovengenoemde goederen en
- aan die [benadeelde partij 7] en [benadeelde partij 6] en [benadeelde partij 11] en [slachtoffer 1] en [benadeelde partij 5] en [benadeelde partij 4] en [slachtoffer 2] en [benadeelde partij 10] en [benadeelde partij 3] en [slachtoffer 3] (via bovengenoemde e-mailadressen) een bankrekeningnummer op naam van [gebruikte naam] van de RABObank doorgegeven waarop de aankoopbedragen konden worden gestort, waardoor die [benadeelde partij 7] en [benadeelde partij 6] en [benadeelde partij 11] en [slachtoffer 1] en [benadeelde partij 5] en [benadeelde partij 4] en [slachtoffer 2] en [benadeelde partij 10] en [benadeelde partij 3] en [slachtoffer 3] telkens werd bewogen tot bovenomschreven afgiften;

2. *primair*

hij in na te noemen tijdvakken, in na te noemen plaatsen, telkens met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen telkens door een samenweefsel van verdichtfels, na te noemen personen heeft bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedragen:

- in de periode van 16 januari 2007 tot en met 18 januari 2007 te Nijmegen [slachtoffer 4] heeft bewogen tot afgifte van 90,- euro
- en
- in de periode van 18 januari 2007 tot en met 19 januari 2007 te Bennekom [slachtoffer 5] heeft bewogen tot afgifte van 200,- euro
- en
- in de periode van 24 januari 2007 tot en met 6 februari 2007 te Assen [slachtoffer 6] heeft bewogen tot afgifte van 200,- euro
- en
- in de periode van 16 januari 2007 tot en met 23 januari 2007 te Beilen [slachtoffer 7] heeft bewogen tot afgifte van 200,- euro
- in de periode van 19 januari 2007 tot en met 14 februari 2007 te Etten-Leur [slachtoffer 8] heeft bewogen tot afgifte van 210,- euro
- en
- in de periode van 17 januari 2007 tot en met 1 februari 2007 te Zeist [slachtoffer 9] heeft bewogen tot afgifte van 210,- euro
- en
- in de periode van 17 januari 2007 tot en met 29 januari 2007 te Rotterdam [slachtoffer 10] heeft bewogen tot afgifte van 206,20 euro

hebbende hij, verdachte toen aldaar telkens met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid

- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) advertenties geplaatst waarin een mobiele telefoon en(TomTom) navigatiesystemen en gouden munten te koop werden aangeboden en (vervolgens)
- met die [slachtoffer 4] en [slachtoffer 5] en [slachtoffer 6] en [slachtoffer 7] en [slachtoffer 8] en [slachtoffer 9] en [slachtoffer 10] (via het e-mailadres “[e-mailadres 3]”) contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 4] en [slachtoffer 5] en [slachtoffer 6] en [slachtoffer 7] en [slachtoffer 8] en [slachtoffer 9] en [slachtoffer 10] over de wijze van levering van bovengenoemde goederen en – aan die [slachtoffer 4] en [slachtoffer 5] en [slachtoffer 6] en [slachtoffer 7] en [slachtoffer 8] en [slachtoffer 9] en [slachtoffer 10] (via bovengenoemd e-mailadres) een bankrekeningnummer op naam van [gebruikte naam] van de ABN-AMRObank doorgegeven waarop de aankoopbedragen konden worden gestort, waardoor die [slachtoffer 4] en [slachtoffer 5] en [slachtoffer 6] en [slachtoffer 7] en [slachtoffer 8] en [slachtoffer 9] en [slachtoffer 10] telkens werden bewogen tot bovenomschreven afgiften;

3. *primair*

hij in na te noemen tijdvakken, in na te noemen plaatsen telkens met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen telkens door een samenweefsel van verdichtfels, na te noemen personen heeft bewogen tot de afgifte van na te noemen geldbedragen:

- in de periode van 31 oktober 2006 tot en met 11 november 2006 te Westervoort [slachtoffer 11] heeft bewogen tot afgifte van 3168.50 euro
 - en
 - in de periode van 31 oktober 2006 tot en met 4 november 2006 te Wezep [slachtoffer 12] heeft bewogen tot afgifte van 1100,- euro
 - en
 - in de periode van 3 november 2006 tot en met 5 november 2006 te Vessem [benadeelde partij 9] heeft bewogen tot afgifte van 4180,- euro
- hebbende hij, verdachte toen aldaar telkens met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – valselijk en/of listiglijk en/of bedrieglijk en/of in strijd met de waarheid
- op het internet (op de site “www.marktplaats.nl”) advertenties geplaatst waarin partijen zilveren munten te koop werden aangeboden en vervolgens
 - met die [slachtoffer 11] en [benadeelde partij 8] en [benadeelde partij 9] (via de e-mailadressen “[e-mailadres 4]” en/of “[e-mailadres 5]” en/of “[e-mailadres 6]”) een of contact onderhouden en/of overleg gevoerd en/of informatie gegeven aan die [slachtoffer 11] en [benadeelde partij 8] en [benadeelde partij 9] over de wijze van levering van bovengenoemde goed(eren)

en

- aan die [slachtoffer 11] en [benadeelde partij 8] en [benadeelde partij 9] (via bovengenoemd(e) e-mailadressen) een bankrekeningnummer op naam van [gebruikte naam] van de RABObank doorgegeven waarop de aankoopbedragen konden worden gestort, waardoor die [slachtoffer 11] en [benadeelde partij 8] en [benadeelde partij 9] telkens werden bewogen tot bovenomschreven afgiften

Hetgeen aan de verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hier bewezen is verklaard, is niet bewezen. De verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

Bewijsoverweging

Behalve uit de verklaringen van verdachte bij de politie en op de terechtzitting is van het bestaan van [onbekende persoon] uit de stukken niet gebleken. De verklaringen van verdachte zijn op geen enkele manier verifieerbaar gebleken. Zo heeft verdachte een beschrijving gegeven van [onbekende persoon], die niet heeft kunnen leiden tot diens opsporing. Concrete gegevens als woon- of verblijfplaats, (e-mail)adres of telefoonnummer ontbreken. Verdachte heeft verklaard dat hij enkel telefonisch of via sms-berichten contact heeft onderhouden met [onbekende persoon], maar dat hij niet meer beschikt over diens telefoonnummer omdat hij een nieuwe telefoon heeft aangeschaft. Het opvragen van communicatiegegevens bij de desbetreffende providers is daardoor niet meer mogelijk geweest.

Ook de verklaringen van verdachte met betrekking tot de vermeende bedreigingen door deze [onbekende persoon] acht de rechtbank twijfelachtig omdat deze verklaringen niet met elkaar overeenstemmen. Bij de politie heeft verdachte op 13 september 2007 verklaard dat [onbekende persoon] hem een mes op de keel heeft gezet, terwijl hij op 20 september 2007 ook heeft verklaard dat [onbekende persoon] een gevaarlijke vent was die altijd een pistool op zak droeg. Op de terechtzitting heeft verdachte echter verklaard dat [onbekende persoon] hem op de dag van de bedreiging met het mes, ook het pistool tegen zijn hoofd heeft gezet. Verdachte heeft deze bedreigingen, die toch op vrijwel iedereen een onuitwisbare indruk zouden hebben achtergelaten, terloops genoemd en heeft daarvan ook destijds geen aangifte gedaan.

Daarnaast hebben de door verdachte geronselde bankrekeninghouders alle drie verklaard dat zij niet hebben vernomen of gemerkt dat verdachte samenwerkte met een ander. Zij hebben alleen met verdachte te maken gehad. Bankrekeninghouder [naam]] heeft verklaard dat verdachte zich eerst via mail en later bij het ophalen van het geld heeft voorgedaan als [alias 1], en dat [benadeelde partij 8] pas na afloop van het contact de werkelijke naam van verdachte, [verdachte], te weten is gekomen.

De verklaring van verdachte met betrekking tot het mededaderschap van [naam onbekend persoon], [varianten op naam] of een andere persoon moet als ongehoofwaardig worden beschouwd.

De rechtbank overweegt dat de door verdachte aan [naam onbekend persoon] toegedichte handelingen, zoals het aanmaken van emailadressen, het voeren van emailverkeer en het sluiten van koopovereenkomsten, moeten worden gezien als handelingen door verdachte zelf gepleegd.

Bewijsvoering

De rechtbank grondt haar overtuiging dat de verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat en die reden geven tot de bewezenverklaring.

In die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist met de bewijsmiddelen, dan wel, voor zover artikel 359, derde lid, tweede volzin, van het Wetboek van Strafvordering wordt toegepast, met een opgave daarvan, zal zulks plaatsvinden in een aanvulling die als bijlage aan dit vonnis zal worden gehecht.

Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van het onder 1 primair, 2 primair en 3 primair bewezenverklaarde uitsluit, zodat dit strafbaar is.

Het bewezenverklaarde levert de navolgende strafbare feiten op.

- 1 primair Oplichting, meermalen gepleegd
- 2 primair Oplichting, meermalen gepleegd
- 3 primair Oplichting, meermalen gepleegd

Strafbaarheid van de verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit. De verdachte is dus strafbaar.

Motivering van de op te leggen sanctie

Bij het bepalen van de op te leggen straf heeft de rechtbank rekening gehouden met het volgende:

- de ernst van de feiten en de omstandigheden, waaronder deze zijn begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte.

Voor wat betreft de ernst van de feiten en de omstandigheden, waaronder deze zijn begaan, heeft de rechtbank in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

Verdachte heeft gedurende ongeveer vijf maanden veelvuldig misbruik gemaakt van het vertrouwen van aspirant-kopers, die via de aankoop- en verkoopsite Marktplaats.nl op internet gereageerd hebben op advertenties, dan wel zelf kenbaar hebben gemaakt goederen te willen kopen. Verdachte heeft goederen, zoals gsm-telefoons, spelcomputers en munten aangeboden, waarop door aspirant-ko-

pers werd gereageerd. Verdachte heeft zich voorgedaan als een bonafide verkoper, terwijl hij van tevoren wist dat hij die goederen niet zou leveren.

Verdachte stuurde e-mails waarin hij onder meer stelde het te verkopen goed te hebben gekregen bij het aangaan van een abonnement, zodat de aspirant-kopers dachten voor relatief weinig geld een zo goed als nieuw product te kunnen verwerven.

Wanneer de kopers het aankoopbedrag op een door verdachte opgegeven rekeningnummer hadden overgemaakt, stuurde hij, overeenkomstig zijn voornemen, het gekochte goed niet naar de kopers op. Hij liet daarna niets meer van zich horen en ging over tot het misleiden van nieuwe slachtoffers. Het gaat in totaal om 20 bewezenverklarde feiten, waarvan de aangevers allen door verdachte financieel zijn benadeeld.

De financiële schade is nog relatief beperkt gebleven, daar de door verdachte aan zijn slachtoffers ontstolen bedragen waarden betreffen tussen € 75,- en € 250,-, met enkele uitschieters tot een maximum van € 4.180,-, zodat het totaal ruim € 12.000,- beloopt.

De rechtbank acht dit ergerlijke feiten, die niet alleen materiële schade, ergernis en ongemak hebben veroorzaakt, maar ook het vertrouwen van mensen in het handelsverkeer via internet hebben geschaad.

Voor wat betreft de persoon van de verdachte heeft de rechtbank in het bijzonder gelet op:

- het op naam van de verdachte staand uittreksel uit het Algemeen Documentatieregister d.d. 20 maart 2008;
- het over de verdachte uitgebrachte vroeghulprapport d.d. 13 september 2007 van de Stichting Reclassering Nederland, Ressort Den Haag, unit Middelburg;
- het over de verdachte uitgebrachte voorlichtingsrapport d.d. 19 februari 2008 van de Stichting Reclassering Nederland, Ressort Den Haag, unit Middelburg.

Verdachte was ten tijde van het begaan van de feiten net 18 jaar oud. De rechtbank houdt daar rekening mee in zijn voordeel.

In zijn nadeel werkt echter dat hij al twee keer eerder terzake van vermogensdelicten, waaronder oplichting, is veroordeeld en dat hij de thans bewezenverklarde feiten uiterst geraffineerd heeft gepleegd. Daarbij weegt de rechtbank mee dat verdachte geen openheid van zaken heeft gegeven.

Op grond van het bovenstaande acht de rechtbank een gedeeltelijk onvoorwaardelijke gevangenisstraf van na te melden duur passend en geboden.

De rechtbank heeft bij de straftoemeting aansluiting gezocht bij soortgelijke zaken en is daarbij op een lagere straf uitgekomen dan door de officier van justitie is geëist.

Vorderingen benadeelde partijen

De navolgende personen hebben zich als benadeelde partij gevoegd in het geding over deze strafzaak en hebben een vordering ingediend tot vergoeding van geleden schade:

met betrekking tot feit 1 primair

[benadeelde partij 7] tot een bedrag van € 100,-
[benadeelde partij 6] tot een bedrag van € 125,-
[benadeelde partij 11] tot een bedrag van € 106,-
[benadeelde partij 5] tot een bedrag van € 1.145,45
[benadeelde partij 4] tot een bedrag van € 150,-
[benadeelde partij 3] tot een bedrag van € 80,-
[benadeelde partij 2] tot een bedrag van € 250,-
[benadeelde partij 10] tot een bedrag van € 306,60
[benadeelde partij 1] tot een bedrag van € 75,-

met betrekking tot feit 3 primair

[slachtoffer 12] tot een bedrag van € 1108,72
[benadeelde partij 9] tot een bedrag van € 4.280,-
[[slachtoffer 13] tot een bedrag van € 9.969,83

De raadsman van verdachte heeft aangevoerd dat de vorderingen van de benadeelde partijen voor zover deze betrekking hebben op de feiten 1 en 3 niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat de schade niet door zijn cliënt, maar door [onbekende persoon], is veroorzaakt. Cliënt haalde alleen het geld op en aldus ontbreekt het rechtstreekse verband.

Daarbij heeft de raadsman in het bijzonder aangevoerd ten aanzien van de benadeelde partij [benadeelde partij 10], dat deze ter onderbouwing stukken van de zorgverzekering heeft overgelegd, dat [benadeelde partij 9] al een executoriale titel heeft jegens [slachtoffer 13], en dat [benadeelde partij 1] niet op de dagvaarding is vermeld.

De rechtbank verwijst ten aanzien van de persoon [onbekende persoon] naar de bewezenverklaring en overweegt dat de hoogte van de vorderingen grotendeels overeenkomen met de in de bewezenverklaring opgenomen bedragen. Op basis van de daaraan ten grondslag liggende bewijsmiddelen is komen vast te staan dat de benadeelde partijen tot de in hun vordering genoemde bedragen schade hebben geleden.

Ten aanzien van de volgende benadeelde partijen overweegt de rechtbank in het bijzonder:

- De benadeelde partij [benadeelde partij 4] heeft gesteld een schade van € 150,- te hebben geleden, terwijl uit de dossierstukken blijkt dat hij € 136,- heeft overgemaakt naar bankrekeningnummer [bankrek.nr.].
De rechtbank overweegt dat benadeelde door het bewezenverklaarde feit benadeeld is voor € 136,- en zal de vordering tot dat bedrag toewijzen en voor het overige niet-ontvankelijk verklaren.
- De benadeelde partij [benadeelde partij 10] heeft ter onderbouwing van de vordering stukken toegevoegd die niet bijdragen aan het bewijs dat hij die schade heeft geleden.
De rechtbank overweegt dat uit de dossierstukken blijkt dat de benadeelde € 320,- heeft overgemaakt naar bankrekeningnummer [bankrek.nr.] en zij zal

niet dat gehele bedrag toewijzen omdat dit bedrag niet wordt geclaimd maar wel het gevorderde bedrag van € 306,60 toewijzen.

- De benadeelde partij [benadeelde partij 8] heeft € 1108,72 gevorderd, waarvan blijkens de dossierstukken € 1100,- door de benadeelde partij is overgemaakt naar bankrekeningnummer [bankrek.nr]. De rechtbank zal de vordering tot dat bedrag toewijzen en voor het overige, portokosten en reiskosten, zal zij de vordering niet-ontvankelijk verklaren omdat het rechtstreekse verband ontbreekt.
- De benadeelde partij [benadeelde partij 9] heeft € 4.280,- gevorderd, waarvan € 100,- wegens kosten voor rechtsbijstand.
De rechtbank overweegt dat uit de dossierstukken blijkt dat € 4.180,- is overgemaakt naar bankrekeningnummer [bankrek.nr]. Zij zal de vordering tot dat bedrag toewijzen.
- De vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 13] moet niet-ontvankelijk worden verklaard omdat het rechtstreekse verband ontbreekt.

Naar het oordeel van de rechtbank hebben de overige genoemde benadeelde partijen aangetoond dat de gestelde schade is geleden en dat deze schade het rechtstreeks gevolg is van het ten laste van de verdachte onder 1 primair en 3 primair bewezenverklaarde.

De vorderingen van de benadeelde partijen zullen derhalve worden toegewezen. Ten aanzien van alle benadeelde partijen geldt dat verdachte wordt veroordeeld in de kosten tot op heden begroot op nihil. Alleen ten aanzien van de benadeelde partij [benadeelde partij 9] geldt dat de kosten op € 100,- zijn begroot wegens kosten voor rechtsbijstand.

met betrekking tot niet-tenlastegelegde feiten

[benadeelde partij 12] tot een bedrag van € 1.470,-
[benadeelde partij 13] tot een bedrag van € 98,35
[benadeelde partij 14] tot een bedrag van € 1.000,-
[benadeelde partij 15] tot een bedrag van € 997,27, en
[benadeelde partij 16] tot een bedrag van € 8.527,86.

De rechtbank overweegt dat de benadeelde partijen formeel niet kunnen worden ontvangen in hun vordering tot schadevergoeding omdat de betreffende feiten niet zijn tenlastegelegd.

De benadeelde partijen kunnen hun vorderingen slechts bij de burgerlijke rechter aanbrengen.

Schadevergoedingsmaatregel

Nu vast staat dat de verdachte naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door de strafbare feiten onder 1 primair en 3 primair is toegebracht, zal de rechtbank aan de verdachte de verplichting opleggen tot betaling aan de Staat van de navolgende bedragen ten behoeve van het telkens daarbij genoemde slachtoffer:

Met betrekking tot feit 1 primair
[benadeelde partij 7], wonende [adres benadeelde partij 7],
een bedrag van € 100,-, subsidiair 2 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 6], wonende [adres benadeelde partij 6],
een bedrag van € 125,-, subsidiair 2 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 11], wonende [adres]
een bedrag van € 106,-, subsidiair 2 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 5], wonende [adres]
een bedrag van € 1.145,45, subsidiair 22 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 4], wonende [adres]
een bedrag van € 136,-, subsidiair 2 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 3], wonende [adres]
een bedrag van € 80,-, subsidiair 1 dag vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 2] (gemachtigde [gemachtigde benadeelde partij 2]), [adres]
een bedrag van € 250,-, subsidiair 5 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 10], wonende [adres]
een bedrag van € 306,60, subsidiair 6 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 1] (gemachtigde [slachtoffer 3]), [adres] een bedrag van € 75,-,
subsidiair 1 dag vervangende hechtenis;

Met betrekking tot feit 3 primair
[slachtoffer 12], [adres]
een bedrag van € 1100,-, subsidiair 22 dagen vervangende hechtenis;

[benadeelde partij 9], [adres]
een bedrag van € 4.180,-, subsidiair 50 dagen vervangende hechtenis.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

De rechtbank heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14c, 24c, 36f, 57 en 326 van
het Wetboek van Strafrecht.

De beslissing

De rechtbank beslist als volgt.

Zij verklaart bewezen dat de verdachte het onder 1 primair, 2 primair en 3 primair tenlastegelegde, zoals hierboven omschreven heeft begaan.

Zij verklaart niet bewezen hetgeen ter zake meer of anders ten laste is gelegd en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Zij bepaalt dat het onder 1 primair, 2 primair en 3 primair bewezenverklaarde de hierboven vermelde strafbare feiten oplevert.

Zij verklaart de verdachte te dier zake strafbaar.

Zij veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 15 (vijftien) maanden.

Zij bepaalt dat van deze gevangenisstraf een gedeelte, groot 5 (vijf) maanden, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij later anders mocht worden gelast.

Zij stelt daarbij een proeftijd vast van twee jaren.

Zij bepaalt dat de tenuitvoerlegging kan worden gelast indien de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd aan een strafbaar feit schuldig maakt.

Zij beveelt dat de tijd die de veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in voorarrest heeft doorgebracht bij de uitvoering van het onvoorwaardelijk deel van de opgelegde gevangenisstraf geheel in mindering wordt gebracht, voor zover die tijd niet reeds op een andere vrijheidsstraf in mindering is gebracht.

Zij verklaart de benadeelde partijen:

[slachtoffer 13] [adres],

[benadeelde partij 12], [adres],

[benadeelde partij 13], [adres],

[benadeelde partij 14], [adres],

[benadeelde partij 15], [adres], en

[benadeelde partij 16], t.a.v. Gerechtsdeurwaarderskantoor Zeeland, Dam 2 te 4331 GJ Middelburg,

niet ontvankelijk in hun vorderingen en bepaalt dat de benadeelde partijen deze slechts bij de burgerlijke rechter kunnen aanbrengen.

Zij wijst toe de vordering van de hieronder –telkens- te noemen benadeelde partij – telkens – tot het daarbij vermelde bedrag en veroordeelt verdachte -telkens- om tegen bewijs van kwijting dat bedrag aan de benadeelde partij te betalen.

Zij veroordeelt verdachte –telkens- tevens in de kosten van het geding, door de benadeelde partij ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog te maken, tot op heden begroot op nihil.

Ten aanzien van de benadeelde partij [benadeelde partij 9] is deze begroot op € 100,- wegens kosten voor rechtsbijstand:

[benadeelde partij 7], wonende [adres benadeelde partij 7]: € 100,-

[benadeelde partij 6], wonende [adres benadeelde partij 6]: € 125,-

[benadeelde partij 11], wonende [adres]: € 106,-

[benadeelde partij 5], wonende [adres]: € 1.145,45

[benadeelde partij 4], wonende [adres]: € 136,-
[benadeelde partij 3], wonende [adres]: € 80,-
[benadeelde partij 2] (gemachtigde [gemachtigde benadeelde partij 2]), [adres]:
€ 250,-
[benadeelde partij 10], wonende [adres]: € 306,60
[benadeelde partij 1] (gemachtigde [slachtoffer 3]), [adres]: € 75,-
[slachtoffer 12], [adres]: € 1100,-
[benadeelde partij 9], [adres]: € 4.180,-.

Zij legt aan de verdachte – telkens – de verplichting op tot betaling aan de Staat van de – telkens – navolgende bedragen ten behoeve van de slachtoffers, bij gebreke van betaling en verhaal – telkens – te vervangen door het daarbij genoemde aantal dagen hechtenis, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

Met betrekking tot feit 1 primair

[benadeelde partij 7], wonende [adres benadeelde partij 7]:
€ 100,- / 2 dagen;
[benadeelde partij 6], wonende [adres benadeelde partij 6]:
€ 125,- / 2 dagen;
[benadeelde partij 11], wonende [adres]
€ 106,- / 2 dagen;
[benadeelde partij 5], wonende [adres]
€ 1.145,45 / 22 dagen;
[benadeelde partij 4], wonende [adres]
€ 136,- / 2 dagen;
[benadeelde partij 3], wonende [adres]
€ 80,- / 1 dag;
[benadeelde partij 2] (gemachtigde [gemachtigde benadeelde partij 2]), [adres]
€ 250,- / 5 dagen;
[benadeelde partij 10], wonende [adres]
€ 306,60 / 6 dagen;
[benadeelde partij 1] (gemachtigde [slachtoffer 3]), [adres]
€ 75,- / 1 dag;

Met betrekking tot feit 3 primair

[slachtoffer 12], [adres]
€ 1100,- / 22 dagen;
[benadeelde partij 9], [adres]
€ 4.180,- / 50 dagen.

Zij bepaalt daarbij dat – telkens – voldoening aan de verplichting tot betaling aan de Staat van het bepaalde bedrag ten behoeve van de benadeelde partij de veroordeling tot betaling aan de benadeelde partij tot dat bedrag doet vervallen, alsmede dat –telkens- betaling van dat bedrag aan de benadeelde partij de verplichting tot betaling aan de Staat van dat bedrag doet vervallen.

Dit vonnis is gewezen door:

mr. F.C.J.E. Meeuwis, voorzitter, mrs. R.J.G. Lameijer en J.F.I. Sinack, rechters, in tegenwoordigheid van A.S. Heberlein-Guiran als griffier en uitgesproken op de openbare terechtzitting van deze rechtbank van 23 april 2008.

Mr. Sinack is buiten staat dit vonnis mede te tekenen.

Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 7 mei 2008

MSNLOCK

LJN-nummer BD1049

Merkenrecht, inbreuk, proceskosten

Gedaagde, Unicaresoft heeft een produkt ontwikkeld waarmee het gebruik van MSN Messenger in tijd kan worden beperkt. Zij noemt dit produkt MSNLOCK, en gebruikt MSNLOCK ook als domeinnaam. De rechter oordeelt naar aanleiding van de vorderingen op grond van merkinbreuk als volgt. Indien het zo zou zijn dat msn-en als generieke aanduiding voor chatten moet worden aangemerkt, is daarmee dan nog niet zonder meer gegeven dat het merk MSN tot soortnaam is geworden. Het teken msnlock is samengesteld uit het bekende merk MSN als onderscheidend element in combinatie met het beschrijvende deel lock. Er is dan sprake van overeenstemmende tekens. Het gebruik van het teken msnlock bestaat ook het gevaar dat het publiek zal denken dat het onder dat teken aangeboden product afkomstig is van Microsoft. Het publiek zal dat kunnen denken omdat de waren of diensten waarvoor het teken msnlock gebruikt wordt zo al niet identiek zijn dan toch in hoge mate soortgelijk zijn aan de waren en diensten waarvoor het merk MSN is ingeschreven en wordt gebruikt. Het product Benzoy is immers complementair aan producten die door Microsoft onder het merk MSN worden aangeboden, terwijl Microsoft ook zelf parental care software aanbiedt. De bekendheid van het merk MSN zal de kans op verwarring doen toenemen.

Gedaagde heeft naar voorlopig oordeel onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat het gebruik van msnlock domeinnamen voor haar het enige middel is om de software in de markt te zetten.

Unicaresoft heeft tot en met de dag van de zitting geweigerd afstand te doen van de domeinnamen. Tot de dag van de zitting heeft zij in niet geringe mate de media-aandacht opgezocht, niet alleen om zichzelf af te schilderen als een moeder die opkomt tegen Goliath in het belang van de kinderen maar ook om op niet mis te verstane wijze uitdrukking te geven aan haar voornemen de inbreuk niet te willen beëindigen. In dat licht is Microsoft niet lichtvaardig deze procedure begonnen en heeft zij deze niet ten

onrechte doorgezet. De verklaring van Microsoft dat zij in het licht van die media-aandacht aanleiding zag meer uren te besteden aan de voorbereiding van de zaak is plausibel. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding de opgegeven kosten niet als redelijk en evenredig aan te merken. Geringe draagkracht en mate van verwijtbaarheid zijn zonder meer geen omstandigheden die kunnen voeren tot matiging van de proceskosten. Unicaresoft is overigens niet te vereenzelvigen met een moeder van kinderen maar is een zakelijk opererend softwarebedrijf. Unicaresoft zal dan ook worden veroordeeld tot betaling van het door Microsoft gevorderde bedrag.

VONNIS in kort geding van 7 mei 2008

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht
MICROSOFT CORPORATION,
gevestigd te Redmond, Washington, Verenigde Staten van Amerika,
eiseres,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaten mrs. C. Wildeman en S.C. van Loon te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap
UNICARESOFTE CORPORATION B.V.,
gevestigd te Weesp,
gedaagde,
procureur mr. L.Ph.J. van Utenhove,
advocaat mr. M.C.S. de Boer te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Microsoft en Unicaresoft genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Bij exploit van 28 maart 2008 heeft Microsoft Unicaresoft gedagvaard om te verschijnen op de zitting van 23 april 2008 bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank. Microsoft heeft 15 producties overgelegd waaronder een opgave en specificatie van de proceskosten. Unicaresoft heeft 3 producties overgelegd, productie 1 omvat 15 subproducties.

1.2. De advocaten van Microsoft hebben de vorderingen aan de hand van pleitnotities en de producties nader toegelicht. Unicaresoft heeft verweer gevoerd bij monde van haar advocaat, eveneens aan de hand van pleitnotities en pro-

ducties, en heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen. De voorzieningenrechter heeft in de pleitnotitie zijdens Unicaresoft aangetekend welke gedeelten niet zijn uitgesproken.

1.3. Partijen hebben hun stukken waaronder de pleitnotities, de producties en gespecificeerde opgaven van de proceskosten overgelegd. Het vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Microsoft is houdster van onder meer de volgende merken:

- Beneluxwoordmerk MSN, registratienummer 666714, gedeponeed op 2 maart 2000 voor waren en diensten in klasse 16;
- Beneluxbeeldmerk MSN., registratienummer 590416, gedeponeed op 31 oktober 1995 voor waren en diensten in klassen 35, 38 en 42;
- Gemeenschapswoordmerk MSN, registratienummer 1488857, geregistreerd op 27 maart 2001 voor waren en diensten in klassen 35, 38 en 42;
- Gemeenschapswoordmerk MSN, registratienummer 1489103, geregistreerd op 6 juni 2001 voor waren en diensten in klassen 9, 35, 36, 38, 39, 41 en 42;
- Gemeenschapswoordmerk MSN, registratienummer 2375988, geregistreerd op 9 oktober 2002 voor waren en diensten in klassen 9 en 38;
- Gemeenschapbeeldmerk MSN.; registratienummer 250373, geregistreerd op 1 februari 1999 voor waren en diensten in klassen 25, 41 en 42. Deze inschrijving heeft de status CTM registration lapsed.

2.2. De MSN woord- en beeldmerken worden door Microsoft wereldwijd gebruikt. De letters MSN staan voor Microsoft Network en wordt door Microsoft gebruikt als overkoepelende benaming voor diverse (online) diensten, zoals MSN Spaces, MSN Windows Live mail en de MSN Messenger en MSN Live Messenger chatprogramma's.

2.3. Head to Head Media BV heeft op 30 oktober 2007 de domeinnamen msnlock.nl, msnlock.be, msnlock.eu, msnlock.com, msnlock.org, msnlock.net en msnlock.info, (hierna: de Domeinnamen) geregistreerd.

2.4. Op 30 november 2007 is ten name van Head to Head Business Solutions Limited het Beneluxbeeldmerk MSNLOCK met registratienummer 0834154 ingeschreven.

2.5. Op 28 december 2007 heeft Microsoft Head to Head Media c.q. Head to Head Business Solutions (hierna tezamen Head to Head) gesommeerd de registratie van voornoemd Beneluxmerk door te halen en een bevestiging van deze doorhaling te versturen, het gebruik van de Domeinnamen te staken en gestaakt te houden, de Domeinnamen door te halen en niet meer te registreren, alsmede

zich in de toekomst te onthouden van elke inbreuk op de merkrechten van Microsoft.

2.6. Op 15 januari 2008 informeerde de raadsman van Head to Head Microsoft dat de registratie van Beneluxmerk MSNLOCK met nummer 0834154 zou worden doorgehaald. Dit is op 29 januari 2008 geëffectueerd.

2.7. Head to Head gaf voorts te kennen dat zij het gebruik van de naam MSNLOCK als domeinnaam en als aanduiding voor haar product niet zou staken. Zij gaf aan een softwareapplicatie te hebben ontwikkeld waarmee het gebruik van MSN Messenger (in tijd) kan worden beperkt. Het product is gericht op ouders die niet willen dat hun kinderen onbeperkt via MSN Messenger online zijn. Met behulp van de door Head to Head ontwikkelde softwareapplicatie kunnen zij het gebruik van MSN Messenger via een tijdslot reguleren.

2.8. De Domeinnamen zijn op naam gesteld van Unicaresoft. Head to Head Group BV is enig aandeelhouder van Unicaresoft.

2.9. De onder 2.7 genoemde software wordt door Unicaresoft geëxploiteerd onder de naam Benzoy. Hiertoe wordt onder meer gebruik gemaakt van de website www.benzoy.nl. Benzoy biedt zogenoemde parental care software. Op de website wordt de software op de volgende wijze geïntroduceerd;

Benzoy de perfecte oplossing

Zou je ook liever willen dat je kind wat vaker buiten speelt, meer aandacht geeft aan huiswerk en/of meer betrokken is bij het normale dagelijkse gezinsleven?

Bescherm je kind tegen een overmatig en extreem Surfgedrag en het verspillen van teveel kostbare tijd aan chatten. Geef een oplossing om deze waardevolle tijd optimaal te benutten en de juiste balans te vinden tussen surfen, Chatten/MSN-en en andere belangrijke(re) activiteiten. Reguleer het gebruik van Internet en chat met Benzoy; voor een betere, veiligere en een leukere online computer.

Benzoy, dé perfecte oplossing voor ouder en kind!

Vol trots introduceren wij dit nieuwe computerprogramma welke is voortgekomen uit een idee van een bezorgde moeder, [naam], betrokken ondernemers en getalenteerde ontwikkelaars.

De oorsprong van het idee heeft grotendeels te maken met één van de belangrijkste ingrediënten voor een goed en gezond gezinsleven, namelijk 'communicatie'.

De onderdelen SurfCare en ChatCare, welke in Benzoy zijn verwerkt, maken een evenwichtige online opvoeding mogelijk. Chat, Skype en het Internet zijn ontzettend leuk! Om dat zo te houden, geeft Benzoy de perfecte oplossing voor het

maken van duidelijke afspraken met je kind en bovenal, het ongetwijfeld nkomen hiervan.

3. Het geschil

3.1. Microsoft vordert, samengevat, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. Unicaresoft te bevelen, binnen drie dagen na betekening van dit vonnis, zich te onthouden van elk gebruik van aanduidingen en/of tekens die inbreuk maken op de MSN merkrechten van Microsoft in de Benelux en de Europese Gemeenschap, waaronder begrepen maar niet beperkt tot het gebruik van het teken MSNLOCK, en inclusief maar niet beperkt tot, iedere overdracht, koop, verkoop, registratie, voortgezette registratie of gebruik van het MSN merk van Microsoft, het teken MSNLOCK of daarmee overeenstemmende tekens als (deel van) een domeinaam.
- II. Unicaresoft te bevelen, binnen drie dagen na betekening van dit vonnis, aan mr Wildeman, advocaat van Microsoft, schriftelijke opgave te doen van alle door Unicaresoft geregistreerde en/of gehouden domeinnamen voor zover deze (mede) bestaan uit het MSN merk van Microsoft, het teken MSNLOCK of daarmee overeenstemmende tekens;
- III. Unicaresoft te bevelen binnen drie dagen na betekening van dit vonnis al datgene te doen wat nodig is om te bewerkstelligen dat de Domeinnamen op naam van Microsoft worden gezet.
- IV. Unicaresoft te veroordelen tot betaling aan Microsoft van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000, althans van een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag voor ieder dag of gedeelte van een dag dat Unicaresoft in gebreke is om aan het bevel sub I, II of III te voldoen, dan wel, naar keuze van Microsoft, voor elke overtreding van zo'n bevel.
- V. Unicaresoft te veroordelen tot betaling van de volledige proceskosten.
- VI. Een termijn ex artikel 1019i Rv vast te stellen.

3.2. Unicaresoft voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Gegeven het beroep op Gemeenschapsmerken en de vestigingsplaats van Unicaresoft in Nederland, is de voorzieningenrechter van deze rechtbank op grond van artikel 93 lid 1 en artikel 99 lid 1 GmerkVo (Verordening inzake het Gemeenschapsmerk) juncto artikel 3 uitvoeringswet GmerkVo bij uitsluiting bevoegd. Op grond van artikel 99 lid 2 GmerkVo is de competentie van de voorzieningenrechter pan-Europees. Voorzover Microsoft een beroep doet op haar Beneluxmerken is de voorzieningenrechter bevoegd omdat de gestelde inbreuk op die merkrechten mede in het arrondissement 's-Gravenhage plaatsvindt en omdat de vorderingen zijn verknocht.

4.2. Microsoft is niet zeer duidelijk geweest over de relatie tussen drie “Head to Head” vennootschappen en Unicaresoft. Mede omdat een en ander niet weerproken is gaat de voorzieningenrechter er van uit dat de onder 2.3 genoemde Domeinnamen thans op naam staan van Unicaresoft en dat Unicaresoft de recht-hebbende en exploitant is met betrekking tot de software die thans wordt aange-boden onder de naam Benzoy.

4.3. In deze procedure staat niet meer ter discussie het gebruik van het Bene-luxbeeldmerk MSNLOCK met registratienummer 0834154. Voorts heeft Micro-soft desgevraagd verklaard geen bezwaar te hebben tegen het programma Benzoy of tegen het gegeven dat de software compatibel is met onder meer de MSN Messenger software van Microsoft.

4.4. In de aanloop tot dit kort geding heeft de voorzieningenrechter ongevraagd partijen een langere spreektijd dan gebruikelijk toegestaan. Ter zitting heeft hij partijen erop gewezen dat aan de aldus bepaalde spreektijd van dertig minuten per zijde voor de eerste termijn, strikt de hand zal worden gehouden. Unicaresoft is vervolgens na inleidende opmerkingen uitvoerig ingegaan de beweegredenen van Unicaresoft en de ruime media-aandacht die zij in verband met de ze procedure heeft ontvangen. Daarnaast heeft zij haar eigen handelen en de voorgeschiedenis toegelicht. Bij de behandeling van de vraag of Unicaresoft merkinbreuk pleegt stelt zij dat zij voornemens is dat aan de hand van de volgende subonderwerpen te belichten: (i) bekendheid van het merk, (ii) verwording tot soortnaam, (iii) gebruik in het economisch verkeer?, (iv) geen “gebruik als merk”, (v) inbreuk sub d?, (vi) geldige reden, (vii) subsidiair: inbreuk sub b of sub c?, en (viii) refere-rend merkgebruik. Voorts heeft Unicaresoft aangevoerd dat de vorderingen dien-en te worden afgewezen omdat er zijdens Microsoft sprake is van misbruik van recht en ten slotte heeft Unicaresoft verweer gevoerd tegen de afzonderlijke vor-deringen, waaronder ook de proceskosten.

4.5. Op enig moment heeft de voorzieningenrechter de raadsman van Unicaresoft voorgehouden dat hij er niet in zou slagen de pleitnotitie binnen de beschikbare tijd volledig voor te lezen. Hij heeft de raadsman uitgenodigd een keuze te maken dan wel zich te beperken tot de onderwerpen welke in elke geval zouden worden behandeld. De raadsman heeft vervolgens die keuze gemaakt; de niet uitgespro-ken onderdelen zijn door de voorzieningenrechter doorgehaald in de pleitnotitie.

4.6. De goede procesorde brengt met zich mee dat een verweer dat niet is uitge-sproken als niet gevoerd wordt aangemerkt. In dit geval, nu Unicaresoft in elk geval heeft opgegeven welke verweren zij zou willen gaan voeren, en waar Microsoft anticiperend in haar eerste termijn op de mogelijke verweren is inge-gaan, zal de voorzieningenrechter toch al de door Unicaresoft genoemde subon-derwerpen en de daarin vervatte verweren bespreken.

(i) bekendheid van het merk, (ii) verwording tot soortnaam

4.7. Unicaresoft betwist niet dat MSN heel bekend is. Zij stelt evenwel dat het in aanmerking komende publiek het begrip msn-en niet meer als een onderscheidingssteken van een product van Microsoft ziet maar als een volledig synoniem van chatten. Volgens Unicaresoft kwalificeert MSN door verwording tot soortnaam niet als bekend merk in de zin van het BVIE (Beneluxverdrag intellectuele eigendom) of de GmerkVo.

4.8. Het in aanmerking komende publiek is naar voorlopig oordeel het publiek dat met enige regelmaat een chatprogramma gebruikt. Het gaat er dan dus om hoe dat publiek in het algemeen het actief zijn met zo'n programma omschrijft. In Nederland zijn de naar marktaandeel belangrijkste chatprogramma MSN Messenger en MSN Live Messenger. Het actief zijn met die programma's wordt vaak, maar niet altijd, omschreven als msn-en. Unicaresoft heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het werken met Messenger (vrijwel) nooit wordt omschreven als chatten. Een ander programma met een relevant aandeel in Nederland en chatfunctionaliteit is Hyves. Aannemelijk is geworden dat het werken met de chatfunctie van dit programma kan worden aangeduid als hyven, kwekken of chatten. Het gebruik van msn-en voor het werken op Hyves ligt niet in de rede. Messenger en Hyves spreken immers hun eigen taal; een gebruiker op Hyves kan hyven met een ander gebruiker van Hyves maar hij kan zonder gebruik van MSN Messenger niet msn-en met een gesprekspartner die enkel op MSN Messenger present is. De voorzieningenrechter verwijst ook naar het hierboven sub 2.9 geciteerde gedeelte van de website van Benzoy. Daar wordt het gebruik van een instant messenger hoofdzakelijk omschreven als chatten en wordt msn-en eenmalig als alternatieve term voor chatten gesuggereerd.

4.9. Tenslotte wijst de voorzieningenrechter erop dat indien het zo zou zijn dat msn-en als generieke aanduiding voor chatten moet worden aangemerkt dat daarmee dan nog niet zonder meer is gegeven dat het merk MSN tot soortnaam is verworden.

4.10. Voorshands is dan ook onvoldoende gebleken dat het bekende merk MSN is verworden tot een soortnaam.

(iii) gebruik in het economisch verkeer?

4.11. Unicaresoft stelt dat zij gebruik wil maken van de Domeinnamen vanwege de reclamewaarde daarvan. Zij is voornemens de Domeinnamen te linken aan haar website waarop zij haar product Benzoy aanbiedt. Zij erkent dan ook dat zij de Domeinnamen gebruikt in het economisch verkeer

(iv) geen “gebruik als merk”

4.12. Unicaresoft betwist dat dit gebruik, als reclame, kwalificeert als merkgebruik. Naar voorlopig oordeel brengt de voorgenomen wijze van gebruik evenwel met zich mee dat Unicaresoft de Domeinnamen wil gaan gebruiken als merk voor het door haar aangeboden product. Onder het teken msnlock wil zij het publiek immers trekken naar haar website waar zij haar eigen product Benzoy aanbiedt. Het is daarmee het teken waaronder zij het product op de markt zet.

(v) inbreuk sub d?, (vi) geldige reden,

4.13. Aan haar betwisting dat er sprake is van merkgebruik verbindt Unicaresoft de conclusie dat het hier gaat om een “sub d” geval. Zij heeft hierbij het oog op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE, dat ziet op het teken dat anders als ter onderscheiding van waren of diensten wordt gebruikt.

4.14. Zoals hiervoor is overwogen wordt het teken msnlock door Unicaresoft wel als merk gebruikt, althans is zij voornemens dat te gaan doen. Hierom is er geen sprake van een “sub d” geval. De voorzieningenrechter kan daarom de vraag of er voor het gebruik van het teken door Unicaresoft een geldige reden bestond onbesproken laten.

(vii) subsidiair: inbreuk sub b of sub c?

4.15. De rechtbank stelt voorop dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemmende tekens in de zin van artikel 2.20 lid 1 onder b BVIE respectievelijk artikel 9 lid 1 onder b GmerkVo, de te hanteren maatstaf is of merk en teken, globaal beoordeeld naar de totaalindruk die beide maken, auditief, visueel of begripsmatig, zodanige gelijkenis vertonen dat daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij het in aanmerking komende publiek verwarring wordt gewekt tussen merk en teken (directe verwarring) dan wel de indruk wordt gewekt dat enig verband bestaat tussen de rechthebbende op merk en teken (indirecte verwarring). Hierbij dienen alle relevante omstandigheden in aanmerking te worden genomen.

4.16. Unicaresoft betwist dat er sprake is van overeenstemmende tekens MSN respectievelijk msnlock. Dit verweer stoelt op haar stelling dat MSN als gevolg van verwording tot soortnaam geen of zeer gering onderscheidend vermogen heeft. Volgens Unicaresoft is MSN geen of slechts een zeer zwak merk. Het bestanddeel lock in het door haar gebruikte teken is deels gebruikelijk. Voorts is volgens Unicaresoft de gelijkenis tussen merk en teken niet zodanig dat bij een globale beoordeling bij het in aanmerking komend publiek verwarring kan worden gewekt tussen merk en teken of dat daardoor de indruk wordt gewekt dat er enig verband bestaat tussen Microsoft en Unicaresoft.

4.17. Hierboven is overwogen dat MSN niet is verworden tot soortnaam en dat ook Unicaresoft heeft erkend dat MSN een bekend merk is. Daarmee ontvalt de grondslag aan dit verweer. Het teken msnlock is samengesteld uit het bekende merk MSN als onderscheidend element in combinatie met het beschrijvende deel lock. Er is dan sprake van overeenstemmende tekens. Het gebruik van het teken msnlock bestaat ook het gevaar dat het publiek zal denken dat het onder dat teken aangeboden product afkomstig is van Microsoft. Het publiek zal dat kunnen denken omdat de waren of diensten waarvoor het teken msnlock gebruik zo al niet identiek zijn dan toch in hoge mate soortgelijk zijn aan de waren en diensten waarvoor het merk MSN is ingeschreven en wordt gebruikt. Het product Benzoy is immers complementair aan producten die door Microsoft onder het merk MSN worden aangeboden, terwijl Microsoft ook zelf parental care software aanbiedt. De bekendheid van het merk MSN zal de kans op verwarring doen toenemen.

4.18. Naar voorlopig oordeel maakt Unicaresoft door het gebruik van het teken msnlock in beginsel inbreuk op het merk MSN op de onder artikel 2.20 lid 1 sub b BVIE respectievelijk artikel 9 lid 1 onder b GmerkVo voorziene gronden. Het subsidiaire beroep van microsoft op de sub c gronden kan de voorzieningenrechter dan ook onbesproken laten evenals het verweer van Unicaresoft daartegen.

(viii) refererend merkgebruik

4.19. Op grond van artikel 2.23 sub c BVIE respectievelijk artikel 12 sub c GmerkVo is het in het economisch verkeer toegestaan het merk van de houder te gebruiken wanneer dat nodig is om de bestemming van een waar of dienst, met name als accessoire of onderdeel, aan te geven, voor zover sprake is van eerlijk gebruik in nijverheid en handel.

4.20. In HvJ EG 17 maart 2005, IER 2005 nr 51 (Gillette/LA) heeft het Hof gepreciseerd dat het desbetreffende gebruik het enige middel moet zijn dat beschikbaar is om het publiek te informeren omtrent de bestemming van het product. In dit geval gaat het om een product dat op de markt zal worden gebracht onder de merknaam Benzoy. Dit product is bestemd om samen te kunnen werken met tal van andere door derden aangeboden programma's waaronder chatprogramma's en heeft de functionaliteit dat ouders van kinderen met behulp van de Benzoy software de door derden aangeboden programmatuur geheel of gedeeltelijk "op slot" kunnen zetten. Unicaresoft heeft naar voorlopig oordeel onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat het gebruik van msnlock domeinnamen voor haar het enige middel is om de Benzoy software in de markt te zetten.

Misbruik van recht

4.21. Unicaresoft stelt dat zij talloze 'msn-domeinnamen' zoals msnset, msnhoer, msnporn, msnsex, msnfuck, msgirl, msnboy en msndate, welke al geruime tijd zijn geregistreerd ongemoeid laat. Volgens Unicaresoft maakt Microsoft mis-

bruik van recht door zich tegen Unicaresoft op haar merkrechten te beroepen terwijl zij veel vanuit merkerechtelijk oogpunt veel schadelijker gevallen ongemoeid laat.

4.22. De voorzieningenrechter begrijpt dat Unicaresoft hier niet het oog heeft op de mogelijkheid dat door doen of nalaten van Microsoft – dat wil zeggen onvoldoende handhavend optreden – het merk MSN tot soortnaam is geworden. Kennelijk is er in de visie van Unicaresoft sprake van discriminatie omdat zij niet gelijkelijk tegen al het gebruik van haar merk MSN als onderdeel van een domeinnaam optreedt.

4.23. Voorop zij gesteld dat Microsoft binnen het bestek van een kort geding voldoende heeft aangetoond dat zij als regel wel optreedt tegen het gebruik van haar merk. Microsoft is evenwel niet gehouden om op te treden tegen al het gebruik van haar merken. Daargelaten nog dat dit feitelijk onmogelijk is mag Microsoft ook een afweging maken en daarin betrekken welke schade zij lijdt door het gebruik van haar merk. Unicaresoft heeft in dat verband er zelf op gewezen dat het gebruik van Benzoy, waarvoor zij reclame wil maken door gebruik van het teken msnlock, zal leiden tot verminderde exposure van bijvoorbeeld het programma MSN Messenger. Microsoft zal daardoor schade leiden door verminderde advertentie-inkomsten. Dat vergelijkbare schade zal optreden door het gebruik van de onder 4.21 genoemde domeinnamen is ook volgens Unicaresoft niet aanneemelijk. Een valide reden om wel op te treden tegen msnlock en niet tegen ander gebruik is daarmee gegeven.

De vorderingen

4.24. De slotsom is dat geen van de besproken verweren slaagt. Zoals onder 4.17 is overwogen maakt Unicaresoft inbreuk op de merkrechten van Microsoft met betrekking tot het merk MSN. De vorderingen zullen daarom worden toegewezen. Unicaresoft zal ook in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

4.25. Het gevorderde onder I zal worden toegewezen op de wijze als hieronder verwoord. De vorderingen onder II en III zullen tezamen worden genomen des dat Unicaresoft zal worden veroordeeld tot overdracht van al haar msnlock domeinnamen aan Microsoft. De voorzieningenrechter ziet aanleiding daartoe een langere termijn te vergunnen dan verzocht. Een – gematigde – dwangsom zal worden bepaald, alsmede een termijn ex artikel 1019 i Rv

De proceskosten

4.26. Microsoft heeft kosten opgegeven en gespecificeerd ten bedrage van € 18.135 excl. btw. Unicaresoft stelt dat toewijzing van de volledige proceskosten niet redelijk zou zijn. Zij heeft na eerste sommatie het merk MSNLOCK doorgehaald en van de gewraakte domeinnamen heeft zij geen gebruik gemaakt. De

procedure was volgens Unicaresoft dan ook onnodig en prematuur. Van een evidente inbreuk aan haar zijde is geen sprake.

4.27. Unicaresoft heeft tot en met de dag van de zitting geweigerd afstand te doen van de domeinnamen. Tot de dag van de zitting heeft zij in niet geringe mate de media-aandacht opgezocht, niet alleen om zichzelf af te schilderen als een moeder die opkomt tegen Goliath in het belang van de kinderen maar ook om op niet mis te verstane wijze uitdrukking te geven aan haar voornemen de inbreuk niet te willen beëindigen. In dat licht is Microsoft niet lichtvaardig deze procedure begonnen en heeft zij deze niet ten onrechte doorgezet. De verklaring van Microsoft dat zij in het licht van die media-aandacht aanleiding zag meer uren te besteden aan de voorbereiding van de zaak is plausibel. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding de opgegeven kosten niet als redelijk en evenredig aan te merken. Geringe draagkracht en mate van verwijtbaarheid zijn zonder meer geen omstandigheden die kunnen voeren tot matiging van de proceskosten. Unicaresoft is overigens niet te vereenzelvigen met een moeder van kinderen maar is een zakelijk opererend softwarebedrijf. Unicaresoft zal dan ook worden veroordeeld tot betaling van het door Microsoft gevorderde bedrag.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

beveelt Unicaresoft, binnen drie dagen na betekening van dit vonnis, zich te onthouden van elk gebruik van aanduidingen en/of tekens die inbreuk maken op de MSN merkrechten van Microsoft in de Benelux en de Europese Gemeenschap, in het bijzonder door gebruik van het teken msnlock, zelfstandig of als deel van een domeinaam;

beveelt Unicaresoft, binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis, te hebben bewerkstelligd dat alle door Unicaresoft geregistreerde en/of gehouden domeinnamen voor zover deze (mede) bestaan uit het teken msnlock of daarmee overeenstemmende tekens, op naam van Microsoft worden gezet;

veroordeelt Unicaresoft tot betaling aan Microsoft van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 2.500, voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Unicaresoft in gebreke is om de hiervoor gegeven bevelen te voldoen, dan wel, naar keuze van Microsoft, voor elke overtreding van zo'n bevel;

veroordeelt Unicaresoft in de kosten van dit geding, tot heden begroot op € 18.135;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt de termijn bedoeld in artikel 1019 i Rv op zes maanden;

wijst af wat meer of anders gevorderd is.

Dit vonnis is gewezen door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen en in het openbaar uitgesproken op 7 mei 2008, in het bijzijn van de griffier.

Voorzieningenrechter Haarlem 14 mei 2008

A-Group

LJN-nummer BD1446

**Onrechtmatige uitlating, provideraansprakelijkheid,
6:196c lid 4 BW**

Onrechtmatige publicatie jegens Belastingdienst op een website. De vrijheid van meningsuiting is een zodanig groot goed dat van de overheid een aanzienlijk incasseringsvermogen mag worden verwacht waar het gaat om publiekelijk gedane kritische uitlatingen. Onder omstandigheden kan echter een grens worden gepasseerd die maakt dat bepaalde uitlatingen als onrechtmatig moeten worden beoordeeld. In het onderhavige geval moet het belang dat Staat der Nederlanden erbij heeft dat de Belastingdienst en mr. [...] niet worden blootgesteld aan ernstige verdachtmakingen op de website van A-Group worden afgewogen tegen het belang dat de vennoten van A-Group erbij hebben zich in vrijheid te kunnen uiten. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitlatingen van A-Group als onrechtmatig moeten worden beoordeeld voor zover zij de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie, nu de uitlatingen daarvoor geen feitelijke onderbouwing hebben gegeven.

M.b.t aansprakelijkheid van hosting-ISP IS InterNed Services: De voorzieningenrechter overweegt dat in het onderhavige geval niet kan worden gezegd dat aan de juistheid van de inhoud van de in 2.7 bedoelde brief van de Staatssecretaris van Financiën in redelijkheid niet getwijfeld kon worden. Het betreft immers slechts een reactie van een derde op uitlatingen die zijn geplaatst op een website waarvan IS InterNed Services de hosting verzorgt. IS InterNed Services wist niet, en kon ook niet weten, waarop de uitlatingen waren gebaseerd, zodat zij zich geen oordeel omtrent de juistheid of rechtmatigheid ervan kon vormen. Het feit dat het de Staat der Nederlanden was die deze uitlatingen in voormelde brief als onrechtmatig kenschetste, maakt niet dat IS InterNed Services wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de uitlatingen een onrechtmatig karakter hadden. IS InterNed Services heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld door na ontvangst van de brief van de Staatssecretaris van Financiën niet onmiddellijk de toegang tot de website van A-Group onmogelijk te maken.

VONNIS in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon

STAAT DER NEDERLANDEN,

zetelend te 's-Gravenhage, (Ministerie van Financiën, directoraat-generaal Belastingdienst)

eiser,
procureur mr. R.F. Meijer,
advocaat mr. H.J.M. Boukema te 's-Gravenhage,

tegen

1. de vennootschap onder firma
A-GROUP, h.o.d.n. [...],
gevestigd te Rotterdam,
gedaagde,
niet verschenen,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
IS INTERNED SERVICES B.V.,
gevestigd te Purmerend,
gedaagde,
advocaat mr. C. de Breet te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Staat der Nederlanden, A-Group en IS InterNed Services genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties
- de producties van IS InterNed Services
- de mondelinge behandeling
- de verstekverlening tegen de niet verschenen A-Group
- de pleitnota van Staat der Nederlanden
- de pleitnota van IS InterNed Services.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. A-Group is een vennootschap onder firma met als vennoten [vennoot X] (hierna: [vennoot X]) en [vennoot Y]. Tot de bedrijfsactiviteiten behoren blijkens het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Rotterdam onder meer import en export van tweedehands auto's. Onder de handelsnaam [...] wordt een transport-, expeditie-, op- en overslagbedrijf uitgeoefend.

2.2. Naar aanleiding van verzoeken van [vennoot X] om teruggaaf van omzetbelasting is de omzet van A-Group geschat en zijn aanslagen inkomstenbelasting over de jaren 2004 tot en met 2007, en aanslagen omzetbelasting over de jaren 2006 en 2007 opgelegd. Tegen de aanslag inkomstenbelasting 2007 is pro forma

bezwaar gemaakt, de overige aanslagen hebben inmiddels formele rechtskracht gekregen.

2.3. [vennoot X] verbleef als uitgeprocedeerde asielzoeker illegaal in Nederland. Op 5 maart 2007 heeft de Vreemdelingendienst [vennoot X] aangehouden. Nadien heeft [vennoot X] verklaard dat hij voornemens was om naar Afrika terug te gaan en dat hij in de loop der tijd al zoveel geld naar Afrika had overgemaakt dat hij daar lange tijd van kon leven. Hieruit heeft de ontvanger afgeleid dat er gegronde vrees bestaat dat goederen zouden worden verduisterd en is tot versnelde invordering van de belastingaanslagen overgegaan. Op 16 augustus is definitief afwijzend beslist op een verzoek van [vennoot X] om uitstel van betaling van de belastingaanslagen.

2.4. Op 19 maart 2007 is een boekenonderzoek aangekondigd, waarvan uitstel is verleend tot 1 november 2007. Tijdens een surveillance op 24 oktober 2007 is gebleken dat de op het bedrijfsterrein van A-Group aanwezige voorraad auto's op twee na was verdwenen. De volgende dag waren alle auto's en het bord met de handelsnaam verdwenen. Een groot deel van de auto's is nadien teruggevonden op een braakliggend terrein in de omgeving en in beslag genomen. Voorts zijn vanwege de Belastingdienst nog een achttal auto's in beslag genomen die in de Amsterdamse haven gereed stonden te worden verscheept.

2.5. Op 28 juli 2007 heeft [vennoot X] klachten over het optreden van de Belastingdienst ingediend bij de Nationale ombudsman. Op 27 februari 2008 heeft deze [vennoot X] bericht dat hij de klachten niet gegrond acht, en overigens onvoldoende aanknopingspunten ziet voor een onderzoek.

2.6. A-Group onderhoudt de website [...]. IS InterNed Services verzorgt als internetprovider de hosting van deze website. Op de website zijn onder andere de volgende teksten geplaatst:

“Dutch racist tax officer imposes very high and unrealistic tax on our company. [...]”

“Following a Racist action from the Dutch tax authority our company and her activities have been brought to a standstill.

Mr. [...] for Racist motives imposed an unrealistic and unjust tax on our company. [...] It is disheartening to see what position Racism and hate holds in the Dutch society. [...]”

“It is worth mentioning that since we started operating at this adress in 2004, we have been receiving countless threats from anonymous persons. They were not happy that a company owned and run by a none-European was. They started realizing their threats by destroying our properties. They went further by threatening my life. Since I did not give in to all these they decided to start making unnecessary and false complains against our company. After haven failed to achieve their goals they started looking for Dutch officials who share

same RACIST view. They finally saw one working for the Dutch tax department in the person of Mr. [...]. This corrupt and racist tax official decided to impose a very high tax on me. On collection of his imposed tax he invoked emergency law permitting him to collect the said amount on the spot [...] Knowing that it was impossible to comply with this law, this racist tax official went ahead to seize all the money they could find with me and in my office. [...] The seized goods and money is ten times the amount they are asking me to pay. They also froze all our accounts making it impossible for us to operate.[...] We have complained about this unjust and racist treatment, but this seems to please the authority. It has down on me that this Mr.[...] has permission from the authorities that be to carry on with his acts.

Amongst the seized goods are also those from our clients. They have no right to seize goods belonging to clients.[...] We have also brought the matter to the attention of the Dutch National Ombudsman who is investigating the matter at the moments.”

2.7. Namens de Staatssecretaris van Financiën is met dagtekening 6 februari 2008 een brief gezonden naar IS InterNed Services. Daarin wordt gesteld dat met bovenvermelde uitlatingen de eer en goede naam van de Belastingdienst en in het bijzonder mr. [...] ernstig worden geschaad en wordt verzocht doorgifte op de website te staken. In reactie heeft IS InterNed Services te kennen gegeven niet onmiddellijk gehoor te zullen geven aan het verzoek, doch dit te zullen bestuderen.

2.8. In een in het Engels en Nederlands gestelde e-mail van A-Group van 13 februari 2008 met als onderwerp “INTIMIDATIE DOOR HET MINISTERIE VAN FINACIEN”, onder andere verzonden aan een zestal fractievoorzitters in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, wordt de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 6 februari 2008 gekwalificeerd als intimidatie, en worden mr. [...] en zijn collega's beticht van het verspreiden van leugens onder de klanten van A-Group. Voorts wordt [...] ervan beticht zijn positie te misbruiken en familieleden van [vennoot X] te benadelen.

3. Het geschil

3.1. De Staat der Nederlanden vordert samengevat - dat de voorzieningenrechter bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. A-Group en IS InterNed Services beveelt binnen 24 uur na betekening van het ten deze te wijzen vonnis alle berichten te verwijderen van de website [...] die de strekking hebben dat:
 - a) de Belastingdienst en [...] (en overige ambtenaren van de Belastingdienst) optreden uit racistische motieven;
 - b) sprake is van een te hoge en onjuiste belastingaanslag;
 - c) ten onrechte een noodmaatregel is gemaakt om een groot bedrag ineens te innen van A-Group;

- d) onrechtmatig beslag is gelegd;
 - e) de Belastingdienst en [...] (en overige ambtenaren van de Belastingdienst) leugens over A-Group hebben verteld aan klanten van A-Group;
 - f) samenspanning plaatsvindt tussen de Belastingdienst en personen die A-Group weg (zouden) willen hebben;
 - g) [...] zijn (machts)positie misbruikt om A-Group (alsmede haar vennoten en hun familieleden) te benadelen, respectievelijk corrupt is;
 - h) discriminatie het uitgangspunt is van de belastingdienst en aldaar werkzame ambtenaren;
- 2. A-Group en IS InterNed Services beveelt binnen 24 uur na betekening van het ten deze te wijzen vonnis uitingen met de hierboven bedoeld strekking te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van dit verbod, met een maximum van € 250.000,-;
 - 3. A-Group en IS InterNed Services verbiedt vanaf de betekening van het ten deze te wijzen vonnis in e-mails of per fax aan de media, volksvertegenwoordigers, of anderen, de onder 1 genoemde aantijgingen openbaar te maken, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van dit verbod, met een maximum van € 250.000,-;
 - 4. primair: indien A-Group en IS InterNed Services het onder 1 bedoelde bevel geheel of gedeeltelijk overtreden via uitingen op een website of e-mailfaciliteiten, de Belastingdienst machtigt die website, respectievelijk e-mailfaciliteiten, namens A-Group en IS InterNed Services af te sluiten,
Subsidiar: A-Group en IS InterNed Services veroordeelt tot betaling van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van het onder 1 bedoelde bevel, waarbij A-Group en IS InterNed Services voor elke dag, respectievelijk elk dagdeel, dat zij het bevel geheel of gedeeltelijk overtreden een dwangsom verbeuren, één en ander met een maximum van € 500.000,-.
 - 5. A-Group en IS InterNed Services veroordeelt in de kosten van de procedure, met bepaling dat daarover wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na de datum van het in dezen te wijzen vonnis, en met verklaring dat ook de verschuldigdheid van die rente uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.
- 3.2. Ter zitting heeft de Staat der Nederlanden zijn eis verminderd ten aanzien van de onder 1 sub b, c en d genoemde uitingen van A-Group.
- 3.3. De Staat der Nederlanden heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat de aantijgingen van A-Group iedere feitelijke grondslag ontberen en bij het ontbreken van een juridisch toereikende rechtvaardiging als onrechtmatig jegens de Belastingdienst en [...] moeten worden gekenschetst.
- 3.4. IS InterNed Services voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De rechtbank stelt voorop dat dit vonnis ingevolge artikel 140 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tussen alle partijen heeft te gelden als een vonnis op tegenspraak. De gelijkkluidende vorderingen richten zowel op A-Group als op IS InterNed Services. Bij de beoordeling zal de voorzieningenrechter onderscheid maken naar de beide gedaagden.

Ten aanzien van de niet verschenen A-Group

4.2. De in de dagvaarding gestelde feiten zijn onweersproken gebleven. De vordering zal worden toegewezen, voor zover die de voorzieningenrechter niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt. De voorzieningenrechter tekent hierbij aan dat niet lichtvaardig voorbijgegaan mag worden aan het feit dat in het onderhavige geval het fundamentele grondrecht van de vrijheid van meningsuiting aan de orde is.

4.3. Vooropgesteld moet worden dat de vrijheid van meningsuiting een zodanig groot goed is dat van de overheid een aanzienlijk incasseringsvermogen mag worden verwacht waar het gaat om publiekelijk gedane kritische uitlatingen. Onder omstandigheden kan echter een grens worden gepasseerd die maakt dat bepaalde uitlatingen als onrechtmatig moeten worden beoordeeld. In het onderhavige geval moet het belang dat Staat der Nederlanden erbij heeft dat de Belastingdienst en mr. [...] niet worden blootgesteld aan ernstige verdachtmakingen op de website van A-Group worden afgewogen tegen het belang dat de vennoten van A-Group erbij hebben zich in vrijheid te kunnen uiten. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitlatingen van A-Group als onrechtmatig moeten worden beoordeeld voor zover zij de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie, nu de uitlatingen daarvoor geen feitelijke onderbouwing hebben gegeven. De overige in het petitum genoemde uitingen – evenals de onder 1 sub b, c en d genoemde uitlatingen van A-Group ten aanzien waarvan Staat der Nederlanden haar eis heeft laten vallen – moet een professionele overheidsorganisatie over zijn kant kunnen laten gaan.

4.4. De voorzieningenrechter zal A-Group gebieden berichten waarin beschuldigingen die de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie van haar website te verwijderen. Het treffen van een verderstrekkende maatregel, met name A-Group te verbieden haar aantijgingen per fax of e-mail aan de media, volksvertegenwoordigers of anderen openbaar te maken, staat te zeer op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting om voor toewijzing in aanmerking te kunnen komen. De voorzieningenrechter tekent hierbij aan dat voorshands niet is gebleken dat er een reële dreiging bestaat dat A-Group de media op voormelde wijze zal benaderen nu dat tot dusver niet is geschied en dat het overigens in een parlementaire demo-

cratie als de Nederlandse niet aangaat te verbieden dat volksvertegenwoordigers worden benaderd.

4.5. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als hierna te melden.

Ten aanzien van IS InterNed Services

4.6. IS InterNed Services voert het volgende verweer. Op IS InterNed Services rust in beginsel geen verantwoordelijkheid voor de inhoud van een bericht dat is geplaatst op een website waarvan zij de hosting verzorgt. Zij voert het beleid dat een website direct uit de lucht wordt gehaald, wanneer het gebruik door een klant leidt tot een evident onrechtmatige situatie. De uitingen op de website van A-Group kunnen niet als onmiskenbaar onrechtmatig worden beschouwd. Staat der Nederlanden heeft haar nodeloos in de onderhavige procedure betrokken, nu Staat der Nederlanden uit de met IS InterNed Services gevoerde correspondentie had kunnen afleiden dat IS InterNed Services na ontvangst van een rechterlijk vonnis waarin de gewraakte uitlatingen onrechtmatig worden beoordeeld, onmiddellijk tot het verwijderen van de website zou zijn overgegaan.

4.7. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Op grond van het bepaalde in art. 6:196c lid 4 BW is een serviceprovider niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter of daarvan niet redelijkerwijs behoort te weten, dan wel – zodra hij daarvan weet of redelijkerwijs behoort te weten – prompt de informatie verwijdt of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Blijkens de memorie van toelichting is de enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie onvoldoende voor de conclusie dat de serviceprovider weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter heeft; dat is echter anders wanneer aan de juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet getwijfeld kan worden, zoals wanneer de informatie op de website onmiskenbaar onrechtmatig is (TK 2001-2002, 28 197, nr. 3, blz. 49). Pas indien op deze gronden tot aansprakelijkheid van de serviceprovider voor de opgeslagen informatie geconcludeerd kan worden, is een – op die onrechtmatige daad gebaseerde – vordering jegens de serviceprovider tot verwijderen of ontoegankelijk maken van de informatie toewijsbaar.

4.8. De voorzieningenrechter overweegt dat in het onderhavige geval niet kan worden gezegd dat aan de juistheid van de inhoud van de in 2.7 bedoelde brief van de Staatssecretaris van Financiën in redelijkheid niet getwijfeld kon worden. Het betreft immers slechts een reactie van een derde op uitlatingen die zijn geplaatst op een website waarvan IS InterNed Services de hosting verzorgt. IS InterNed Services wist niet, en kon ook niet weten, waarop de uitlatingen waren gebaseerd, zodat zij zich geen oordeel omtrent de juistheid of rechtmatigheid ervan kon vormen. Het feit dat het de Staat der Nederlanden was die deze uitlatingen in voormelde brief als onrechtmatig kenschetste, maakt niet dat IS InterNed Services wist

of redelijkerwijs behoorde te weten dat de uitlatingen een onrechtmatig karakter hadden. IS InterNed Services heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld door na ontvangst van de brief van de Staatssecretaris van Financiën niet onmiddellijk de toegang tot de website van A-Group onmogelijk te maken. Uit de tussen partijen gevoerde correspondentie en de daarop ter zitting gegeven toelichting blijkt dat IS InterNed Services wachtte op de ontvangst van een rechterlijk vonnis waarin de uitlatingen op de website van A-Group als onrechtmatig zouden worden beoordeeld. Hierna zou zij overeenkomstig haar beleid de toegang tot de website terstond hebben geblokkeerd. De Staat der Nederlanden had derhalve kunnen volstaan met het instellen van een vordering jegens A-Group. De voorzieningenrechter gaat er dan ook van uit dat IS InterNed Services op basis van dit vonnis de website van A-Group zoals toegezegd zal blokkeren. Voor zover de vorderingen zich richten tegen IS InterNed Services zullen ze derhalve worden afgewezen.

4.9. A-Group zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Staat der Nederlanden worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Staat der Nederlanden worden begroot op:

– dagvaarding (x 1/2)	€ 35,90
– vast recht	€ 254,-
– salaris procureur	€ 816,-
Totaal	€ 1.105,90

4.10. Staat der Nederlanden zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van IS InterNed Services worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van IS InterNed Services worden begroot op:

– vast recht	€ 254,-
– salaris procureur	€ 816,-
Totaal	€ 1.005,70

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. beveelt A-Group alle berichten van haar website [...] te verwijderen voor zover zij de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie,

5.2. bepaalt dat A-Group voor iedere dag zij in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan Staat der Nederlanden een dwangsom verbeurt van € 1.000,-, tot een maximum van € 10.000,-,

5.3. veroordeelt A-Group in de proceskosten van Staat der Nederlanden, tot op heden begroot op € 1.105,90, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de 15e dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

- 5.4. wijst het meer of anders van A-Group gevorderde af,
- 5.5. wijst de vorderingen op IS InterNed Services af,
- 5.6. veroordeelt Staat der Nederlanden in de proceskosten van IS InterNed Services, tot op heden begroot op € 1.005,70,
- 5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

Dit vonnis is gewezen door mr. Th.S. Röell en in het openbaar uitgesproken op 14 mei 2008.

Raad van State 14 mei 2008
Betfair
LJN-nummer BD1483

Kansspelen via internet, art. 49 EG-Verdrag, gelijkheidsbeginsel, transparantieplicht, éénvergunningstelsel

De Afdeling Bestuursrechtspraak legt prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

1. Dient artikel 49 van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?

2. Is de uitleg die het Hof van Justitie aan artikel 49 van het EG-Verdrag en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting gaf in enkele zaken die betrekking hadden op concessies, van toepassing op de procedure voor het verlenen van een vergunning voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel?

3.a. Kan in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel de verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel zijn ter realisering van de dwingende redenen van algemeen belang, die het Hof van Justitie heeft aanvaard als rechtvaardiging van de beperking van het vrij verkeer bij het aanbieden van diensten inzake kansspelen? Zo ja, onder welke voorwaarden?

3.b. Maakt het voor het antwoord op vraag 3.a. verschil uit of vraag 2. bevestigend dan wel ontkennend is beantwoord?

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Verwijzingsuitspraak op het hoger beroep van:

de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Engels recht “The Sporting Exchange Ltd”, h.o.d.n. Betfair, gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,

appellante,

tegen de uitspraak in de zaken nrs. 05/2621, 05/8866 en 05/8876 van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 december 2006 in de gedingen tussen:

appellante

en

de minister van Justitie.

1. Procesverloop

Bij brief van 29 april 2004 heeft de minister van Justitie (hierna: de minister) geweigerd een bestuurlijk rechtsoordeel te geven over de vraag of de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Engels recht “The Sporting Exchange Ltd”, h.o.d.n. Betfair (hierna: Betfair) een vergunning nodig heeft voor het aanbieden voor haar in het Verenigd Koninkrijk telefonisch en via internet bereikbare intermediairdienst.

Op 9 augustus 2004 heeft de minister wederom geweigerd een bestuurlijk rechtsoordeel te geven, de aanvraag van Betfair om een vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen – al dan niet via internet – afgewezen en haar aanvraag voor een vergunning voor het organiseren van een totalisator – al dan niet via internet – eveneens afgewezen.

Bij besluit van 10 december 2004 heeft de minister aan de stichting “Stichting de Nationale Sporttotalisator” (hierna: De Lotto) een vergunning verleend tot het organiseren van sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel (Beschikking Sporttotalisator 2004).

Bij besluit van 10 maart 2005 heeft de minister het door Betfair tegen de weigering een bestuurlijk rechtsoordeel te geven en tegen de weigering tot afgifte van vergunningen van 9 augustus 2004 gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond verklaard en het besluit van 9 augustus 2004 in stand gelaten onder aanvulling van de motivering.

Bij besluit van 17 maart 2005 heeft de minister het door Betfair tegen de vergunningverlening van 10 december 2004 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 13 mei 2005 heeft de minister de aanvraag van Betfair om een totalisatorvergunning afgewezen.

Bij besluit van 21 juni 2005 heeft de minister aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid "Scientific Games Racing B.V." (hierna: SGR) een vergunning verleend tot het organiseren van een totalisator (Beschikking Totalisator 2005).

Bij besluit van 4 november 2005 heeft de minister het door Betfair tegen het besluit van 13 mei 2005 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 4 november 2005 heeft de minister het door Betfair tegen de vergunningverlening van 21 juni 2005 gemaakte bezwaar eveneens ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 8 december 2006, verzonden op 11 december 2006, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het door Betfair ingestelde beroep tegen het besluit van 10 maart 2005 gegrond verklaard voor zover daarbij is beslist op het bezwaar tegen de weigering een bestuurlijk rechtsoordeel te geven, het bezwaar tegen de brief van 9 augustus 2004 voor zover daarbij is geweigerd een bestuurlijk rechtsoordeel te geven niet-ontvankelijk verklaard en bepaald dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit van 10 maart 2005. Voorts heeft de rechtbank het door Betfair tegen de besluiten van 10 maart 2005 en 17 maart 2005 ingestelde beroep voor het overige ongegrond verklaard en het door haar tegen het besluit van 4 november 2005 ingestelde beroep eveneens ongegrond verklaard.

Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft Betfair bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 22 januari 2007, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 6 maart 2007. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Lotto en SGR, die in de gelegenheid zijn gesteld als partij aan het geding deel te nemen, hebben reacties ingediend.

Na afloop van het vooronderzoek zijn nadere stukken ontvangen van partijen. Deze zijn aan de andere partijen toegezonden.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 augustus 2007, waar Betfair, vertegenwoordigd door [bedrijfsjurist] bij Betfair, bijgestaan door mr. J.G.J.E Franssen, mr. I.E.M. Scholten-Verheijen en mr. P.J.M. Koning, allen advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. P.A. de Jong, werkzaam bij het ministerie, bijgestaan door mr. B.J. Drijber en mr. C.M. Bitter, beiden advocaat te Den Haag, zijn verschenen. Voorts zijn verschenen De Lotto, vertegenwoordigd door haar [directeur], bijgestaan door mr. J.H.C. van Manen en mr. J.F. van Nouhuys, beiden advocaat te Amsterdam, en door mr. W.W. Geursen, advocaat te Den Haag, en SGR, vertegenwoordigd door mr. S.P.J.F. Zwanen, advocaat te Rotterdam.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend en partijen gevraagd om een reactie op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie) van 13 september 2007 in zaak C-260/04, Commissie tegen Italië (Jurispr. 2007, blz. I-10745). De Afdeling heeft de zaak opnieuw ter zitting behandeld op 20 november 2007, waar Betfair, vertegenwoordigd door mr. J.G.J.E. Franssen en mr. I.E.M. Scholten-Verheijen, en de minister, vertegenwoordigd door mr. P.A. de Jong, bijgestaan door mr. B.J. Drijber, zijn verschenen. Voorts zijn verschenen De Lotto, vertegenwoordigd door mr. E.H. Pijnacker Hordijk en mr. W.W. Geursen, beiden advocaat te Den Haag, en SGR, vertegenwoordigd door haar [directeur], bijgestaan door mr. S.P.J.F. Zwanen.

Bij brieven van 4 februari 2008 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat het onderzoek wederom is heropend en dat zij voornemens is het Hof van Justitie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een aantal vragen. Deze vragen waren in concept bijgevoegd.

Bij onderscheiden brieven van 29 februari 2008, 3 maart 2008 en 4 maart 2008 hebben Betfair, de minister, De Lotto en SGR een reactie gegeven.

2. Overwegingen

Algemeen

2.1. Betfair is een onderneming die dienstontvangers faciliteert in het onderling, direct of indirect via internet, afsluiten en verhandelen van kansovereenkomsten en futures op onder meer sportevenementen en harddraverijen. Betfair stelt dat zij voor het verlenen van deze diensten over vergunningen beschikt in het Verenigd Koninkrijk en in een aantal andere landen. Via de website van Betfair kunnen dienstontvangers in Nederland gebruik maken van de diensten van Betfair. Daarbij is volgens Betfair sprake van zogenoemde passieve beschikbaarheid van haar diensten, omdat zij zich niet specifiek richt op de Nederlandse markt. Omdat Betfair haar diensten actief wenst aan te bieden op de Nederlandse markt heeft zij de minister verzocht een oordeel te geven over de vraag of zij een vergunning nodig heeft voor haar activiteiten. Tevens heeft Betfair de minister verzocht om in aanmerking te komen voor vergunningen voor het al dan niet via internet organiseren van sportprijsvragen en voor het al dan niet via internet organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen.

Nationaal recht

2.2. Ingevolge artikel 1 van de Wet op de kansspelen (hierna: de Wks) is het, behoudens het in Titel Va van deze wet bepaalde, verboden:

- a. gelegenheid te geven om mede te dingen naar prijzen of premies, indien de aanwijzing der winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, tenzij daarvoor ingevolge deze wet vergunning is verleend;

- b. de deelneming hetzij aan een onder a bedoelde gelegenheid, gegeven zonder vergunning ingevolge deze wet, hetzij aan een overeenkomstige gelegenheid, gegeven buiten het Rijk in Europa, te bevorderen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben;
(..).

Ingevolge artikel 15, eerste lid, van de Wks kan tot het organiseren van sportprijsvragen uitsluitend vergunning worden verleend overeenkomstig de bepalingen van Titel III.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel worden onder sportprijsvragen verstaan prijsvragen, welke erop zijn gericht deelnemers uitslagen van tevoren aangekondigde sportwedstrijden, met uitzondering van harddraverijen en paardenrennen, te doen raden of voorspellen.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Wks kunnen de minister van Justitie en de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemenen nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid, aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid voor een door hen te bepalen duur vergunning verlenen tot het organiseren van sportprijsvragen.

Ingevolge artikel 23, eerste lid, van de Wks kan tot het organiseren van een totalisator uitsluitend vergunning worden verleend overeenkomstig de bepalingen van Titel IV.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel wordt onder totalisator verstaan elke gelegenheid, opengesteld om op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen te wedden, met dien verstande dat het totaal van de inleg, behoudens bij of krachtens de wet toegestane aftrek, zal worden verdeeld onder degenen die op de winnaar of op een der prijswinnaars hebben gewed.

Ingevolge artikel 24 van de Wks kunnen de minister van Landbouw en Visserij en de minister van Justitie aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid voor een door hen te bepalen tijd vergunning verlenen tot het organiseren van een totalisator.

Ingevolge artikel 1 van het Besluit van 19 februari 2005, houdende de overdracht van de zorg voor de Wet op de kansspelen (Stb. 2005, 97) gaat de zorg voor de Wks en voor de op deze wet gebaseerde regelgeving, voor zover deze thans behoort tot de taak van de ministers van Financiën, van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, over naar de minister van Justitie.

Europees recht

2.3. Ingevolge artikel 49 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), voor zover thans van belang, zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeen-

schap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

De weigering om een bestuurlijk rechtsoordeel te geven

2.4. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 18 augustus 2004 in zaak nr. 200307139/1 kan voor de beantwoording van de vraag of voor een voorgenomen handeling een vergunning is vereist, een vergunning worden aangevraagd dan wel door een derde om het treffen van bestuurlijke handhavingsmaatregelen worden verzocht. Het bevoegde bestuursorgaan dient bij het nemen van een besluit op zo'n aanvraag of verzoek de vraag naar de vergunningplicht als een voorvraag te beoordelen. Vervolgens kan tegen het aan het besluit ten grondslag liggende oordeel omtrent de vergunningplicht door het aanwenden van een rechtsmiddel tegen het besluit worden opgekomen. Wanneer een bestuursorgaan, zoals hier aan de orde, weigert een oordeel te geven over de vraag of voor het verrichten van een bepaalde handeling een vergunning is vereist, kan dit oordeel in het algemeen niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht worden aangemerkt. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt indien het doen van een aanvraag om vergunning dan wel van een verzoek om handhaving onevenredig bezwarend is.

2.5. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het aanvragen van een vergunning voor de huidige activiteiten voor Betfair niet onevenredig bezwarend is. De rechtbank heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat de minister Betfair in zoverre niet-ontvankelijk had moeten verklaren in haar bezwaar.

Beoordeling van de andere punten van het geschil naar Europees recht

2.6. Het organiseren van sportprijsvragen en het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen zijn economische activiteiten. Betfair, een onderneming gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, beoogt deze activiteiten in Nederland te verrichten en kan als zodanig een beroep doen op artikel 49 van het EG-Verdrag. Vaststaat dat op het terrein van kansspelen geen harmonisatie van wetgeving heeft plaatsgevonden.

2.7. Dat de bepalingen in artikel 1, gelezen in samenhang met de artikelen 16, eerste lid, en 24 van de Wks, die vergunningverlening aan slechts één rechtspersoon mogelijk maken (een éénvergunningstelsel), beperkingen van het recht van vrij dienstenverkeer in de zin van artikel 49 van het EG-Verdrag behelzen, is tussen partijen niet in geschil en staat ook voor de Afdeling vast. Het verbod op deze beperkingen is evenwel niet van toepassing indien een verdragsrechtelijke, dan wel door het Hof van Justitie erkende exceptie van toepassing is.

2.8. In het onderhavige geschil heeft de minister geen beroep gedaan op de in artikel 46, gelezen in samenhang met artikel 55 van het EG-Verdrag gegeven excepties op het vrij verkeer, maar op de in de rechtspraak van het Hof van Justitie aanvaarde dwingende redenen van algemeen belang. Betfair heeft een beroep gedaan op het leerstuk van wederzijdse erkenning van nationale vergunningen en op de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende transparantieplichting.

2.9. Zoals hierna zal worden toegelicht, ziet de Afdeling in de stellingen van partijen aanleiding op grond van artikel 234 van het EG-Verdrag aan het Hof van Justitie drie prejudiciële vragen te stellen.

De weigering om Betfair een vergunning te verlenen voor het aanbieden van haar huidige diensten via internet

2.10. De minister heeft de aanvraag van Betfair voor zover die betrekking had op het organiseren van sportprijsvragen en een totalisator via internet bij besluit van 9 augustus 2004 afgewezen en deze weigering bij besluit van 10 maart 2005 gehandhaafd. Daartoe heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de Wks een gesloten systeem kent van vergunningen dat niet voorziet in de mogelijkheid tot verlening van vergunningen voor het geven van gelegenheid tot het deelnemen aan kansspelen via internet. Omdat Betfair voor haar huidige internetactiviteiten geen vergunning ingevolge de Wks kan krijgen, is het haar volgens de minister verboden deze diensten aan dienstontvangers in Nederland aan te bieden.

2.11. Betfair betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij geen vergunning nodig heeft voor het aanbieden van haar huidige diensten in het Verenigd Koninkrijk aan dienstontvangers in Nederland. Volgens Betfair is Nederland op grond van het vrij verkeer van diensten en Europese rechtspraak gehouden de door andere lidstaten aan haar verleende vergunningen te erkennen op grond van het leerstuk van wederzijdse erkenning en haar op die grond toe te laten haar diensten via internet aan dienstontvangers in Nederland aan te bieden. Daartoe verwijst Betfair naar het arrest van het Hof van Justitie van 20 februari 1979 in zaak 120/78, Cassis de Dijon, (Jurispr. 1979, 649). Ter zitting is door Betfair uiteengezet dat de “licence” die zij heeft in het Verenigd Koninkrijk weliswaar slechts één pagina beslaat, maar dat strenge eisen aan deze vergunning zijn verbonden en het onderliggende dossier omvangrijk is.

2.12. De minister stelt zich op het standpunt dat bij een stelsel van exclusieve vergunningen de wederzijdse erkenning niet aan de orde komt. Indien een aanbieder met een vergunning in een andere lidstaat om die enkele reden moet worden toegelaten tot de Nederlandse markt, zou een stelsel van exclusieve rechten alleen al daarom niet zijn te handhaven, aldus de minister.

2.12.1. De Afdeling heeft over het vraagstuk van wederzijdse erkenning in relatie tot een gesloten vergunningenstelsel in de sector kansspelen geen directe aanknopingspunten kunnen vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Wel

zijn er enkele uitspraken van het Hof van Justitie en van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: het EVA-Hof) die een indicatie geven op dit punt. 2.12.2. In het arrest van het Hof van Justitie van 17 december 1981 in zaak 279/80, Webb (Jurispr. 1981, 3305), heeft het Hof van Justitie, voor zover thans van belang, overwogen:

21. Op de tweede en de derde vraag van de Hoge Raad moet dus worden geantwoord, dat artikel 59 niet eraan in de weg staat, dat een lidstaat die een vergunning eist van ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen, een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter die dergelijke werkzaamheden op zijn grondgebied uitoefent, verplicht aan deze voorwaarde te voldoen, ook indien deze over een door de staat van vestiging afgegeven vergunning beschikt, met dien verstande evenwel dat de lidstaat waar de dienst wordt verricht, bij het onderzoek van de aanvraag en bij de afgifte van de vergunning geen enkel onderscheid maakt op grond van de nationaliteit of de plaats van vestiging van de dienstverrichter, en bovendien rekening houdt met de bewijsstukken en waarborgen die de dienstverrichter voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in de lidstaat van vestiging reeds heeft verschaft.

Voorts heeft het EVA-Hof in het arrest van 20 mei 2007 in zaak E-3/06, Ladbroke, onder meer het volgende overwogen:

87. The answer to the fifth question must therefore be that under Article 36 EEA, to the extent the national court concludes that the exclusive rights systems established under the Gaming Act and the Totalisator Act constitute lawful restrictions, the host State has the right to prohibit the provision and marketing of games of chance from abroad, no matter whether or not these are lawful in their State of origin. Further, to the extent the national court concludes that the exclusion of commercial operators under the Lottery Act constitutes a lawful restriction on the free movement of services, national authorities may correspondingly prevent commercial operators from providing and marketing games of chance from abroad.

2.12.3. In de zaak Webb was, evenals in het onderhavige geding, het vrij verkeer van diensten aan de orde, maar ging het niet om kansspelen. In de zaak Ladbroke ging het zowel om het vrij verkeer van diensten als om kansspelen. Dit arrest is evenwel niet door het Hof van Justitie gewezen. De Afdeling leidt uit overweging 62 van het arrest van het Hof van Justitie van 2 december 2004 in zaak C-41/02, Commissie tegen Nederland (Jurispr. 2004, I-11375) af dat het Hof van Justitie rekening houdt met uitspraken van het EVA-Hof. Artikel 36 van de European Economic Area (Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte) heeft dezelfde betekenis als artikel 49 van het EG-Verdrag en luidt, voor zover thans van belang, in het Nederlands als volgt: In het kader van de bepalingen van deze Overeenkomst zijn er geen beperkingen van het vrij verrichten van diensten binnen het grondgebied van de overeenkomstsluitende partijen ten aanzien van de

onderdanen van de lidstaten van de EG en de EVA-staten die in een andere lidstaat van de EG of een EVA-staat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

2.12.4. Uit bovenstaande uitspraken leidt de Afdeling af dat de “licence” die Betfair in het Verenigd Koninkrijk heeft voor het verrichten van haar diensten naar alle waarschijnlijkheid als zodanig geen recht geeft om deze diensten zonder een vergunning ingevolge de Wks in Nederland aan te bieden. Om elke twijfel uit te sluiten ziet de Afdeling aanleiding de volgende prejudiciële vraag te stellen, waarbij de Afdeling opmerkt dat het haar bekend is dat Duitse Verwaltungsgerichte in de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Markus Stoss en anderen, een vraag aan het Hof van Justitie hebben voorgelegd over de wederzijdse erkenning in de sector sportwedenschappen.

Vraag 1.

Dient artikel 49 van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?

De afwijzing van de aanvragen van Betfair om vergunningen voor het organiseren van sportprijsvragen en voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen

2.13. De minister heeft bij besluit van 13 mei 2005 geweigerd Betfair vergunningen te verlenen voor het organiseren van sportprijsvragen en voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen omdat deze ingevolge artikel 16, eerste lid, en artikel 24 van de Wks slechts aan één rechtspersoon kunnen worden verleend en de vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen reeds is verleend aan De Lotto en de vergunning voor het organiseren van een totalisator aan SGR. Dit besluit heeft de minister bij besluit van 4 november 2005 gehandhaafd.

2.14. Betfair betoogt, samengevat weergegeven, dat de rechtbank heeft miskend dat het éénvergunningstelsel voor kansspelen zoals opgenomen in de artikelen 16, eerste lid, en artikel 24 van de Wks, strijdig is met het in artikel 49 van het EG-Verdrag neergelegde vrij verkeer van diensten.

2.15. De minister, De Lotto en SGR hebben in dit verband de beoordelingsvrijheid benadrukt die lidstaten hebben ten aanzien van het reguleren van kansspelen. Daartoe hebben zij verwezen naar het arrest van 21 september 1999 in zaak C-124/97, Läärä (Jurispr. 1999, blz. I-06067), en naar het arrest van 6 maart 2007

in de gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Placanica (Jurispr. 2007, blz. I-01891).

2.15.1. In het arrest Läärä heeft het Hof van Justitie over een exclusief exploitatierecht op het gebied van kansspelen onder meer het volgende overwogen:

35. Het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, valt onder de beoordelingsvrijheid die het Hof in punt 61 van het arrest Schindler aan de nationale autoriteiten heeft toegekend. Deze autoriteiten dienen immers te beoordelen, of het in verband met het nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van dien aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen te treffen.

36. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen.

(...)

39. Of die doelstellingen gemakkelijker zouden kunnen worden verwezenlijkt door middel van een regeling die de noodzakelijke voorschriften voor geïnteresseerde ondernemers bevat, in plaats van door toekenning van een uitsluitend exploitatierecht aan het vergunninghoudend lichaam, is een vraag die binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt, met dien verstande dat de keuze die zij maken, niet onevenredig mag zijn met het beoogde doel.

2.15.2. In het arrest Placanica heeft het Hof bevestigd dat de stand van de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van dwingende redenen van algemeen belang inzake kansspelen wordt weergegeven in de punten 63 tot en met 67 van het arrest van 6 november 2003 in zaak C-243/01, Gambelli (Jurispr. 2003, blz. I-13031):

63. Zoals zowel de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, als de Commissie hebben aangevoerd, heeft het Hof in zijn reeds aangehaalde arresten Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039), Läärä e.a., en Zenatti (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289) er evenwel op gewezen dat de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde.

64. In elk geval zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het

vrij verrichten van diensten slechts gerechtvaardigd wanneer zij voldoen aan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd (zie met name arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32, en 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

65. Volgens deze rechtspraak moeten die beperkingen hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zij dienen in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast.

(...)

67. Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läära e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkómen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatische wijzen worden beperkt.

2.15.3. De Afdeling leidt uit overweging 39 van het arrest Läära af dat de toekenning van een exclusief exploitatierecht aan de vergunninghoudende onderneming een keuze is die binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt, met dien verstande dat deze keuze niet onevenredig mag zijn met het beoogde doel.

2.15.4. Vastgesteld dient vervolgens te worden of voor de aan de orde zijnde beperkingen in de vorm van een éénvergunningstelsel, een in de jurisprudentie aanvaarde rechtvaardigingsgrond aanwezig is, en zo dat het geval is, of sprake is van een maatregel die geen onderscheid maakt naar nationaliteit. Vervolgens dient te worden gezien of deze beperkingen geschikt en proportioneel zijn.

2.15.5. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraken van 14 maart 2007 in zaak nr. 200600283/1 en van 18 juli 2007 in zaak nr. 200607881/1 kunnen het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de arresten Gambelli en Placanica.

2.15.6. Artikel 1 van de Wks, gelezen in samenhang met de artikelen 16, eerste lid, en 24 van de Wks, verbiedt ieder ander dan de vergunninghouder het organiseren van sportprijsvragen en het organiseren van een totalisator, welk verbod zowel in Nederland als in andere lidstaten gevestigde ondernemers gelijkelijk treft. De artikelen stellen geen eisen omtrent de nationaliteit of de vestigingsplaats van

de vergunninghouder. Dat blijkt ook uit het feit dat SGR een dochtermaatschappij is van een buitenlandse onderneming. De rechtbank heeft dan ook met juistheid geoordeeld dat het wettelijke stelsel als zodanig geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt.

2.15.7. Vervolgens dient te worden beoordeeld of het bepaalde in de artikelen 16, eerste lid, en 24 van de Wks voldoet aan de genoemde eisen van geschiktheid en proportionaliteit. Uit het hiervoor weergegeven toetsingskader volgt dat de lidstaten ten aanzien van kansspelen over beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde en dat de nationale autoriteiten dienen te beoordelen of het voor het aldus nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen te treffen. De lidstaten mogen kiezen voor een éénvergunningstelsel, mits deze keuze niet onevenredig is aan het beoogde doel. Geen grond bestaat voor het oordeel dat het éénvergunningstelsel voor kansspelen zoals neergelegd in de artikelen 16, eerste lid, en 24 van de Wks geen geschikt en proportioneel middel is om de gestelde doelen te weten het beschermen van consumenten, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit, alsmede het tegengaan van gokverslaving, te bereiken. Naar het oordeel van de Afdeling is aannemelijk dat het toelaten van slechts één vergunninghouder niet alleen in hoge mate de controle op de vergunninghouder vereenvoudigt, zodat de controle op het naleven van de aan de vergunningen verbonden voorschriften effectiever zal kunnen zijn, maar ook voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat die mogelijk leidt tot uitbreiding van gokverslaving. Dat sprake is van onevenredigheid aan het beoogde doel is gesteld noch gebleken. Betfair heeft onvoldoende aangevoerd op grond waarvan de Afdeling tot een ander oordeel dient te komen.

2.15.8. Met de rechtbank is de Afdeling derhalve van oordeel dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het éénvergunningstelsel eraan in de weg stond om Betfair de aangevraagde vergunningen als bedoeld in de artikelen 16, eerste lid, en artikel 24, van de Wks, te verlenen omdat ze al waren verleend aan De Lotto, respectievelijk SGR.

Het verlenen van de vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen aan De Lotto en het verlenen van de vergunning voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen aan SGR

2.16. Bij het in bezwaar gehandhaafde besluit van 10 december 2004 heeft de minister De Lotto de vergunning verleend voor het organiseren van sportprijsvragen, voor de duur van vijf jaren, van 12 december 2004 tot en met 11 december 2009. In het besluit op bezwaar heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat het kansspelbeleid, anders dan Betfair heeft aangevoerd, niet strijdig is met Europees recht. Nu de minister Betfair eerder heeft bericht dat, gelet op het permanente karakter van de Beschikking Sporttotalisator, deze wederom zou worden verleend aan De Lotto, heeft Betfair de conclusie kunnen trekken dat er geen pro-

cedure zou komen op grond waarvan derden zouden kunnen meedingen naar die vergunning. Dat Betfair ook zou kunnen voldoen aan de vergunningsvoorwaarden die voor De Lotto gelden acht de minister, gelet op zijn opmerkingen over het langdurige karakter van de vergunning, niet relevant.

2.17. Bij het in bezwaar gehandhaafde besluit van 21 juni 2005 heeft de minister SGR de vergunning verleend voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen, voor de resterende drie jaar van de gebruikelijke vijf jaar, van 1 juli 2005 tot en met 30 juni 2008. De minister heeft zich op het standpunt gesteld dat het Nederlandse kansspelbeleid niet strijdig is met Europees recht. De volgens de minister niet nader onderbouwde stelling van Betfair dat het besluit van 21 juni 2005 discriminatoir is betwist de minister, onder verwijzing naar het feit dat de vergunning is afgegeven aan een dochtermaatschappij van een Amerikaanse onderneming.

2.18. De rechtbank heeft volgens Betfair miskend dat zij geen eerlijke kans heeft gehad om mee te dingen naar het verkrijgen van de vergunningen en dat de wijze waarop de vergunningen zijn verleend strijdig is met artikel 49 van het EG-Verdrag. Zij verwijst daarvoor onder meer naar de conclusie van de Advocaat-Generaal van het Hof van Justitie in zaak C-260/04, Commissie tegen Italië, naar de brieven van de Europese Commissie over het Nederlandse kansspelbeleid aan de Nederlandse regering van 4 april 2006 en 21 maart 2007 en naar de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 18 juli 2007. Zij wijst verder op een brief van de minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij van 4 december 1997 waaruit blijkt dat ter zake van de exploitatie van de totalisator in het verleden een selectieprocedure heeft plaatsgevonden en stelt dat niet valt in te zien waarom dit in onderhavige gevallen niet is gebeurd.

2.18.1. In bovengenoemde zaak C-260/04, Commissie tegen Italië, heeft het Hof van Justitie op 13 september 2007 zijn arrest gewezen. Het Hof van Justitie heeft in die zaak, die betrekking heeft op de toewijzing van het beheer en van de inzameling van paardenweddenschappen in Italië, onder meer het volgende overwogen:

20. Zoals de Commissie terecht naar voren brengt, heeft de Italiaanse regering noch tijdens de precontentieuze procedure, noch in de onderhavige procedure betwist dat de toewijzing van het beheer en van de inzameling van paardenweddenschappen in Italië een concessie voor een openbare dienst is. Van een dergelijke kwalificatie is ook uitgegaan in het arrest van het Hof van 6 maart 2007, Placanica e.a. (C-338/04, C-359/04 en C-360/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), waarin het Hof de artikelen 43 EG en 49 EG uitlegt in het licht van dezelfde nationale regelgeving.

(..)

23. Het Hof heeft vervolgens voor recht verklaard dat de verdragsbepalingen die op concessies voor openbare diensten van toepassing zijn, meer bepaald

de artikelen 43 EG en 49 EG, alsook het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit een bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling zijn (zie in die zin arrest *Parking Brixen*, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, reeds aangehaald, punt 48).

24. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit houden met name een transparantieplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen. De op deze overheidsinstantie rustende transparantieplichting houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie in deze zin reeds aangehaalde arresten *Telaustria* en *Telefonadress*, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 61 en 62, en *Parking Brixen*, punt 49).

25. In de onderhavige zaak moet worden vastgesteld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding met het oog op de toewijzing van de concessies voor het beheer van de paardenweddenscapen niet in overeenstemming is met de artikelen 43 EG en 49 EG, en in het bijzonder niet strookt met het algemene transparatiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen. Immers, de hernieuwing zonder aanbesteding van de 329 oude concessies verhindert dat bedoelde concessies worden opengesteld voor de mededinging en dat de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.

26. In deze omstandigheden moet worden onderzocht of de hernieuwing toelaatbaar kan worden geacht op grond van de in de artikelen 45 EG en 46 EG uitdrukkelijk genoemde uitzonderingen of, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang (...).

2.18.2. Naar aanleiding van dit arrest is het onderzoek in het onderhavige geding op 27 september 2007 heropend om partijen de gelegenheid te geven hierop te reageren. Partijen hebben in het bijzonder gereageerd op de vraag of de door het Hof van Justitie gebruikte criteria die hebben geleid tot bovenvermeld oordeel over concessies ook van toepassing zijn in deze zaak, die ziet op vergunningen die ingevolge de Wks zijn geweigerd en verleend.

2.18.3. De Afdeling heeft vervolgens kennis genomen van het arrest van het Hof van Justitie van 13 november 2007 in zaak C-507/03, *Commissie tegen Ierland*. Deze zaak heeft betrekking op de gunning van overheidsopdrachten aan de Ierse post, zonder voorafgaande aankondiging van opdracht. In dit arrest is onder meer het volgende is overwogen:

29. Hieruit volgt dat de door de gemeenschapswetgever vastgestelde regeling inzake de bekendmaking van opdrachten voor het verlenen van onder bijlage

I B vallende diensten niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan de toepassing van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginselen in het geval dat dergelijke opdrachten toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen.

30. Voor zover een opdracht voor het verlenen van onder bijlage I B vallende diensten een dergelijk belang vertoont, levert de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijk in deze opdracht geïnteresseerd zijn (zie in die zin arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punten 60 en 61, en arrest van 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 17).

2.18.4. Uit de overwegingen van het Hof van Justitie in zaak C-260/04, Commissie tegen Italië, leidt de Afdeling af dat de concessieverlenende overheidsinstantie aan de transparantieverplichtingen dient te voldoen bij hernieuwing van concessies inzake kansspelen. Mede op basis van de overwegingen van het Hof van Justitie in zaak C-507/03, Commissie tegen Ierland, gaat de Afdeling er vanuit dat in die situatie ook het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen. Het is de Afdeling evenwel niet duidelijk of de uit deze beginselen voortvloeiende verplichtingen voor concessies ook gelden bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel als hier aan de orde. Gelet op deze onduidelijkheid zal de Afdeling de volgende prejudiciële vraag stellen:

Vraag 2.

Is de uitleg die het Hof van Justitie aan artikel 49 van het EG-Verdrag en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting gaf in enkele zaken die betrekking hadden op concessies, van toepassing op de procedure voor het verlenen van een vergunning voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel?

2.19. Betfair betoogt ten slotte, samengevat weergegeven, dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het standpunt van de minister dat De Lotto en SGR er op konden vertrouwen dat de vergunningen wederom aan hen zouden worden verleend juist is en dat de minister, nu niet is gebleken van redenen om aan hen de vergunningen te onthouden, niet was gehouden in het kader van de allocatie een concrete belangenafweging te maken dan wel te onderzoeken of Betfair beter in staat zou zijn aan de vergunningvoorwaarden te voldoen dan De Lotto en/of SGR.

2.20. De minister heeft er op gewezen dat de aan De Lotto verleende vergunning een permanent karakter heeft en dat de beperkte vergunningsduur van vijf jaar er slechts toe dient om de overheid een ijkpunt te verschaffen voor het zonodig aan-

passen van de aan de vergunning verbonden voorschriften. Dit neemt volgens de minister niet weg dat de bewoordingen van de Wks de overheid de gelegenheid bieden om, wanneer een vergunninghouder gedurende of na de looptijd van de hem verleende vergunning zijn activiteiten staakt, de vergunning aan een andere rechtspersoon te verlenen. Deze situatie doet zich echter thans niet voor, aldus de minister.

2.20.1. Aan de orde is de vraag of de verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning, een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof van Justitie heeft in overweging 67 van het in 2.15.2. genoemde arrest Gambelli geoordeeld dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkómen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, mits de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijk voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt.

2.20.2. Deze overweging 67 geeft geen antwoord op de vraag of verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van dwingende redenen van algemeen belang. Nu de Afdeling geen uitspraken van het Hof van Justitie bekend zijn die ingaan op deze vraag, ziet de Afdeling zich genoodzaakt de volgende prejudiciële vragen te stellen:

Vraag 3.a.

Kan in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel de verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel zijn ter realisering van de dwingende redenen van algemeen belang, die het Hof van Justitie heeft aanvaard als rechtvaardiging van de beperking van het vrij verkeer bij het aanbieden van diensten inzake kansspelen? Zo ja, onder welke voorwaarden?

Vraag 3.b.

Maakt het voor het antwoord op vraag 3.a. verschil uit of vraag 2. bevestigend dan wel ontkennend is beantwoord?

2.21. Gelet op het vorenstaande, zal de behandeling van het hoger beroep worden geschorst totdat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

1. Dient artikel 49 van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?
2. Is de uitleg die het Hof van Justitie aan artikel 49 van het EG-Verdrag en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting gaf in enkele zaken die betrekking hadden op concessies, van toepassing op de procedure voor het verlenen van een vergunning voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel?
- 3a. Kan in een wettelijk vastgelegd éénvergunningstelsel de verlenging van de vergunning van de bestaande vergunninghouder zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel zijn ter realisering van de dwingende redenen van algemeen belang, die het Hof van Justitie heeft aanvaard als rechtvaardiging van de beperking van het vrij verkeer bij het aanbieden van diensten inzake kansspelen? Zo ja, onder welke voorwaarden?
- 3b. Maakt het voor het antwoord op vraag 3.a. verschil uit of vraag 2. bevestigend dan wel ontkennend is beantwoord?

II. schorst de behandeling van het hoger beroep tot het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak heeft gedaan en houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. T.M.A. Claessens, voorzitter, en mr. C.H.M. van Altena en mr. K.J.M. Mortelmans, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.M. van der Smissen, ambtenaar van Staat.

w.g. Claessens w.g. Van der Smissen

Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 14 mei 2008

Voorzieningenrechter Amsterdam 27 mei 2008
Geen anonimisering Opta
LJN-nummer BD3014

Anonimisering, openbaarmaking, OPTA

Eiser is bedrijf dat door verweerder OPTA beboet is wegens het versturen van spam. De OPTA heeft dat besluit niet-anoniem gepubliceerd. Verweerder mocht het belang van volledige, niet-geanonimiseerde openbaarmaking van namen van de ondernemingen aan welke een boete is opgelegd, laten prevaleren boven de belangen van de verzoekers bij anonimisering.

Rechtbank Amsterdam
Sector Bestuursrecht Algemeen
voorlopige voorzieningen

UITSPRAAK

in het geding met reg.nrs. AWB 08/1542 WOB en AWB 08/1600 WOB

tussen:

1. [rechtspersoon 1], gevestigd te [X],
2. [A], wonende te [B],
3. [rechtspersoon 2], gevestigd te [Y],
4. [rechtspersoon 3], gevestigd te [Z],
5. [C], wonende te [D],
verzoekers,
vertegenwoordigd door mr. L.H.M. Eijpe,

en:

het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA),
gevestigd te 's-Gravenhage,
verweerder,
vertegenwoordigd door mr. L.H. la Roi.

1. Procesverloop en beslissing op het verzoek ex art. 8:62, lid 2 Awb.

1.1. De voorzieningenrechter (hierna: de rechter) heeft op 21 april 2008 twee verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening ontvangen. Het verzoek geregistreerd onder nummer AWB 08/1542 hangt samen met een beroepschrift van verzoekers van 10 maart 2008 gericht tegen een besluit van verweerder van 4

februari 2008 (hierna: het bestreden besluit I). Het verzoek geregistreerd onder nummer AWB 08/1600 hangt samen met een bezwaarschrift van verzoekers van 8 april 2008 gericht tegen een besluit van verweerder van 4 maart 2008 (hierna: het bestreden besluit II).

1.2. Voorafgaand aan de zitting heeft de raadsvrouw van verzoekers verzocht de behandeling met gesloten deuren te laten plaatsvinden, aangezien belangstelling van de zijde van de schrijvende pers voor het bijwonen van de zitting was getoond. De desbetreffende journalist had eerder een artikel met daarin de namen van verzoekers in een landelijke krant geplaatst. Verzoekers hebben aangevoerd dat de openbaarheid van de zitting verzoekers schendt in hun persoonlijke levenssfeer. Daarom hebben zij ook verzocht op de rollijst en op de zitting uitsluitend de handelsnaam "DollarRevenue" te vermelden. Verzoekers stellen dat met de openbaarheid van de zitting voorts het belang van een goede rechtspleging ernstig wordt geschaad aangezien de daaruit voortvloeiende publicatie van de journalist in de NRC, juist het doel van de voorlopige voorziening, en daarmee een goede rechtspleging zou ondergraven en zelfs teniet zou doen. Verweerder heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen behandeling van de zaak achter gesloten deuren.

1.3. De rechter heeft na schorsing het verzoek tot sluiting van de deuren afgewezen.

Daartoe is overwogen dat openbaarheid van de zitting een fundamenteel rechtsbeginsel vormt waarbij het doel van openbaarheid onder meer is het mogelijk maken van controle op de rechtspleging van buitenaf. De openbaarheid kan alleen worden beperkt als dit door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld.

1.4. De onderhavige zaak over publicatie van het boetebesluit hangt nauw samen met de oplegging van een bestuurlijke boete, welk laatstgenoemd besluit moet worden aangemerkt als een strafvervolging in de zin van artikel 6, eerste lid, van het EVRM. Bij strafvervolging in de zin van artikel 6, eerste lid, van het EVRM, is er alle reden uit te gaan van de hoofdregel dat het onderzoek plaats heeft op een openbare terechtzitting, zoals ook is neergelegd in artikel 8:62, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De uitzonderingsgevallen in die verdragsbepaling zijn voorts neergelegd in artikel 8:62, tweede lid, van de Awb.

1.5. Naar het oordeel van de rechter doet zich geen van die uitzonderingen voor. Dat door de openbaarheid van de boeteoplegging en de eerdere publicatie verzoeker sub 2 en verzoeker sub 5 in hun persoonlijke leven problemen ondervinden, maakt niet dat sluiting van de deuren in verband met eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van partijen vereist is. De door verzoeker sub 2 en sub 5 geschetste gevolgen zijn het gevolg van het feit dat bekend is geworden dat aan hen een boete is opgelegd, maar vormen geen grond om de uitzondering van artikel 8:62, tweede lid, onder c, van de Awb aanwezig te achten.

1.6. Bovendien ziet de rechter niet in dat openbaarheid het belang van een goede rechtspleging ernstig zou schaden. De openbaarheid van de onderhavige zitting en de openbaarheid van de uitspraak is immers niet hetzelfde – ook niet in feitelijke uitkomst – als de voorgenomen publicatie van de beslissing op bezwaar betreffende de boeteoplegging aan verzoekers door verweerder op diens website. De openbare kennisgeving van het feit dat voor een of meer gedragingen een boete is opgelegd op de website heeft immers het oogmerk en karakter van een uitdrukkelijke waarschuwing aan het publiek, terwijl de behandeling en uitspraak in de onderhavige zaak – hoewel daarmee de boeteoplegging naar buiten toe kenbaar wordt – ziet op de toetsing van de rechtmatigheid van de actieve informatieverschaffing door verweerder op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

1.7. Tenslotte oordeelt de rechter dat in navolging van vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) – waaronder de uitspraken van 24 september 2003 (JB 2003/317) en 20 juli 2005 (AB 2005/341) – de identiteit van degene die bezwaar of beroep instelt – of een voorlopige voorziening vraagt – bekend dient te zijn. Niet alleen kan door partijen niet een anoniem beroepschrift worden ingediend, maar dit geldt naar het oordeel van de rechter ook ten aanzien van het anoniem behandelen van zaken ter zitting. Bij het indienen van het verzoekschrift hadden verzoekers zich dienen te realiseren dat dit zou (kunnen) leiden tot een behandeling ter zitting op naam. Het door de raadsvrouw van verzoekers gedane verzoek om de zaken anoniem – of op naam van “DollarRevenue” – te behandelen is dan ook eveneens afgewezen. Het onderzoek is gesloten ter zitting van 22 mei 2008.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 8:81 van de Awb dient te worden nagegaan of onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, het treffen van een voorlopige voorziening vereist. Bij de vereiste belangenafweging gaat het om een afweging van enerzijds het belang van de verzoeker dat een onverwijlde voorziening wordt getroffen en anderzijds het door de onmiddellijke uitvoering van het besluit te dienen belang.

Voor zover de toetsing meebrengt dat een oordeel wordt gegeven over het geschil in de bodemprocedure, heeft dit oordeel een voorlopig karakter en is dit niet bindend voor de beslissing in de bodemprocedure.

2.2. Ingevolge artikel 2 van de Wob verstrekt een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij de wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet.

Ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wob verschaft het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. Ingevolge het tweede lid draagt het

bestuursorgaan er zorg voor dat de informatie wordt verschaft in begrijpelijke vorm, op zodanige wijze, dat belanghebbende en belangstellende burgers zoveel mogelijk worden bereikt en op zodanige tijdstippen, dat deze hun inzichten tijdig ter kennis van het bestuursorgaan kunnen brengen.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

2.3. Bij besluit van 5 november 2007 heeft verweerder aan verzoekers een boete opgelegd met een gezamenlijke hoogte van € 1.000.000,- in verband met de overtreding van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a en b, van het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen (Bude) (hierna: het boetebesluit). Bij besluit van 16 november 2007 heeft verweerder besloten het boetebesluit openbaar te maken (hierna: het publicatiebesluit). De openbaarmaking betreft de publicatie van de openbare versie van het boetebesluit waarin de namen van de rechtspersonen aan welke een boete is opgelegd (de verzoekers 1, 3 en 4) maar niet de namen van de natuurlijke personen (de verzoekers 2 en 5) worden genoemd. Verzoekers hebben tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

2.4. Bij het bestreden besluit I heeft verweerder de bezwaren van verzoekers ongegrond verklaard. Daartoe is overwogen dat verweerder een groot belang heeft bij publicatie van het boetebesluit vanuit het oogpunt van generale preventie alsmede het belang van de bescherming van de belangen van internetgebruikers. De publicatie betreft niet een aanvullende punitieve sanctie. Voorts strekt de onschuldpresumptie niet zo ver dat verweerder in het algemeen niet tot publicatie van zijn boetebesluiten zou mogen overgaan, zonder dat een rechter zich over de rechtmatigheid daarvan heeft uitgelaten. Met betrekking tot het bezwaar dat publicatie tot onherstelbare (imago)schade leidt, heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat zowel in het persbericht als in het boetebesluit zelf is aangegeven dat tegen het besluit nog bezwaar en beroep openstaat. Bovendien is aan het opleggen van de boetes zorgvuldig onderzoek voorafgegaan. Artikel 8 van de Wob biedt de grondslag voor de publicatie van het boetebesluit. Er is geen sprake van strijd met artikel 10 van de Wob. Het nadeel dat voor verzoekers voortvloeit uit de publicatie van het boetebesluit weegt niet op tegen het publieke belang van informatieverstrekking, aldus verweerder.

2.5. Bij het bestreden besluit II heeft verweerder besloten over te gaan tot publicatie van de bij het besluit gevoegde openbare versie van bestreden besluit I. In de openbare versie van het besluit I worden eveneens de namen van de rechts-

personen aan welke een boete is opgelegd (de verzoekers 1, 3 en 4) maar niet de namen van de natuurlijke personen (de verzoekers 2 en 5) genoemd.

2.6. Gelet op de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006, LJN AX6362, dient een afweging op grond van artikel 10 van de Wob plaats te vinden indien een bestuursorgaan eigener beweging voornemens is tot het openbaarmaken, op voet van artikel 8, eerste lid, van de Wob, van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij in artikel 10 van de Wob vermelde belangen zijn betrokken. Ook in dat geval dient derhalve met het oog op die belangen een afgewogen besluitvorming plaats te vinden. Ingevolge die rechtspraak biedt artikel 8, eerste lid, van de Wob, in zoverre het gaat om het openbaarmaken van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen als vermeld in artikel 10 van de Wob zijn betrokken, de grondslag voor het nemen van besluiten.

2.7. Ten aanzien van de verzoeken van verzoekers stelt de rechter voorop dat het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob het publieke belang dient van een goede en democratische bestuursvoering, welk belang de Wob vooronderstelt. Bij de in het kader van de Wob te verrichten belangenafweging worden betrokken het algemene of publieke belang bij openbaarmaking enerzijds en de belangen die bescherming vinden in de in artikel 10 van de Wob neergelegde gronden anderzijds. Het bestuurlijk oordeel over de vraag of het openbaarheidsbelang meer of minder zwaar weegt dan de in artikel 10 van de Wob vermelde belangen, wordt door de rechter onderworpen aan een redelijkheidstoetsing. Bij die toetsing dient het uitgangspunt van de Wob – openbaarheid is regel – zwaar te wegen.

2.8. Oordelend met inachtneming van bovenstaand toetsingskader is de rechter van oordeel dat verweerder het belang van volledige, niet-geanonimiseerde openbaarmaking van namen van de ondernemingen aan welke een boete is opgelegd, heeft mogen laten prevaleren boven de belangen van de verzoekers bij anonimisering. Het is allereerst aan verweerder om de in het geding zijnde belangen af te wegen. De uitkomst van die afweging acht de rechter niet onredelijk. Verweerder heeft naar het oordeel van de rechter er daarbij terecht op gewezen dat publicatie van boetebesluiten door toezichthouders algemeen aanvaard is en bijdraagt aan de informatie aan het publiek en tevens tegemoet komt aan de behoefte van het publiek aan informatie over overheidsoptreden.

2.9. Ten aanzien van het vermelden van de bedrijfsnamen heeft verweerder terecht aangevoerd dat daarbij de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 10, tweede lid, onder e, van de Wob niet in het geding is. Evenmin gaat het bij het vermelden van bedrijfsnamen om bedrijfs- of fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt. De omstandigheid dat via het Handelsregister te achterhalen is wie de bestuurders van de rechtspersoon zijn, maakt niet dat deze – in dit geval natuurlijke personen – in hun persoonlijke levenssfeer worden aangetast. Het gaat hier immers om zakelijke gegevens en belangen. Het moge-

lijk bekend worden van deze natuurlijke personen, brengt derhalve niet mee dat publicatie van de naam van de rechtspersoon achterwege moet blijven. Verweerder heeft er bovendien terecht op gewezen dat verzoekers 1, 3 en 4 als rechtspersoon aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, waarbij hoort dat via het Handelsregister kenbaar is wie de onderneming drijft.

2.10. Verzoekers stelling dat de bestreden besluiten in strijd zijn met de onschuldpresumptie wordt door de rechter verworpen. De oplegging van een bestuurlijke boete moet worden aangemerkt als een strafvervolgning in de zin van artikel 6, eerste lid, van het EVRM. Artikel 6, tweede lid, van het EVRM bepaalt dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. De onschuldpresumptie behelst drie aspecten: (i) dat bij redelijke twijfel geen veroordeling wordt uitgesproken, (ii) dat de betrokkene als onschuldig wordt behandeld totdat zijn schuld overeenkomstig de wet is vastgesteld en (iii) de regel van bewijslastverdeling in een strafrechtelijke procedure dat de betrokkene zijn onschuld niet hoeft te bewijzen. Verzoekers hebben kennelijk met name het oog op het tweede aspect. De rechter is van oordeel dat bij de publicatie van het boetebesluit voldoende duidelijk is dat de schuld van de beboete rechtspersonen pas is vastgesteld als het besluit formele rechtskracht heeft en/of de rechter over het besluit onherroepelijk heeft beslist. De mededeling bij de publicatie dat bezwaar en beroep kan worden ingesteld is daarvoor voldoende duidelijk. De onschuldpresumptie gaat echter niet zo ver dat verzoekers niet de bij de vervolging passende – evenredige – maatregelen, zoals de onderhavige publicatie van het boetebesluit om het publiek te informeren en te waarschuwen, moeten dulden.

2.11. De rechter deelt ook niet het standpunt van verzoekers dat de openbaarmaking een aanvullende straf is. Het doel van openbaarmaking is niet bestraffing maar waarschuwing van het publiek.

Verweerder kan er naar het oordeel van de rechter in redelijkheid belang aan hechten dat ook tijdens de bezwaar- en beroepsprocedures, die geruime tijd in beslag kunnen nemen, het publiek wordt geïnformeerd en ook informatie wordt verstrekt welke bedrijven bij de handelingen waarvoor boete is opgelegd betrokken zijn.

2.12. Verzoekers stellen voorts dat zij door de publicatie aanzienlijke imagoschade oplopen. Zij stellen dat publicatie kan leiden tot faillissement, en wijzen op een artikel op Webwereld, waarin staat dat een ander bedrijf na een dergelijke publicatie bijna failliet is gegaan. Publicatie zonder namen van de bedrijven kan ook al preventief uitwerken, aldus verzoekers. Verweerder heeft in dit verband aangevoerd dat uit het aan het boetebesluit voorafgaande uiterst zorgvuldige onderzoek is gebleken dat sprake is van besmetting van ruim 22 miljoen pc's van eindgebruikers en dat DollarRevenue in de top tien stond van de meest spyware verspreidende instellingen of ondernemingen. De rechter is van oordeel dat verweerder in redelijkheid het belang van informatieverschaffing aan het publiek zwaarder heeft laten wegen dan dat van imagoschade van de desbetreffende bedrijven.

2.13. Tenslotte vinden verzoekers het vreemd dat het bezwaar en beroep tegen het boetebesluit het boetebesluit schorst, terwijl dat met de publicatie niet gebeurt. De schorsing van het boetebesluit zelf volgt uit de wettelijke regeling en voorkomt dat men eerst de boete moet betalen voordat over de rechtmatigheid van het boetebesluit is geprocedeerd. De openbaarmaking heeft – zoals hiervoor is overwogen – een ander karakter, namelijk informatie aan en waarschuwing van het publiek.

2.14. Nu er geen grond is voor het oordeel dat de besluiten tot openbaarmaking van respectievelijk het boetebesluit en het bestreden besluit I inclusief de namen van de desbetreffende bedrijven niet in stand zullen kunnen blijven en verweerder voorts heeft gewezen op haar belang bij openbaarmaking, mede gelet op de grote aantallen eindgebruikers, wijst de rechter de verzoeken tot een voorlopige voorziening af.

2.15. Er is geen grond voor een proceskostenveroordeling of vergoeding van het griffiegeld.

2.16. Verzoekers hebben verzocht de identiteit van alle verzoekers te anonimiseren in het geval dat deze uitspraak op www.rechtspraak.nl wordt gepubliceerd. Zij hebben daartoe aangevoerd dat de publicatie op het internet zorgt voor maximale verspreiding en onbeperkte levensduur van het bericht. De rechter zal dit verzoek inwilligen. Gelet op de anonimiseringsrichtlijn worden de namen van privé personen steeds geanonimiseerd bij publicatie van uitspraken op de website van de rechtspraak. De rechter acht in deze zaak de openbaarheid van de rechtspleging voldoende gediend als bij publicatie van deze uitspraak in voorlopige voorziening, in afwachting van de bodemuitspraak, ook de namen van de ondernemingen (verzoekers 1,3 en 4) worden geanonimiseerd.

2.17. De rechter beslist als volgt.

3. Beslissing

De voorzieningenrechter:

wijst de verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening af.

Deze uitspraak is gedaan op 27 mei 2008 door mr. M. de Rooij, voorzieningenrechter,
in tegenwoordigheid van mr. J.E. Nicolai, griffier en bekend gemaakt door verzending aan partijen op de hieronder vermelde datum.

Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008
Semi-openbaar karakter
LJN-nummer BD2977

**Strafrecht, belediging, vrijheid van meningsuiting, art. 10 EVRM,
art. 137c Sr., semi-openbaar karakter internetforum, weblog**

Onmiskenaar beledigende en onnodig grievende uitlatingen op internetforum. De woorden waarmee aan de verschillende raciale, religieuze of anderszins te categoriseren groepen wordt gerefereerd, tasten de waardigheid en menselijkheid van deze groepen op wie ze betrekking hebben op onaanvaardbare wijze aan. Dit betekent echter nog niet zonder meer dat een strafrechtelijke veroordeling de juiste manier is op dergelijke uitlatingen te reageren. Het opzet in art. 137c Sr. dient echter op alle bestanddelen van de delictsomschrijving te zijn gericht, dus ook op het in het openbaar doen van de uitlatingen. Naar het oordeel van de rechtbank dient onderscheid te worden gemaakt tussen informatie die ongevraagd op je wordt afgestuurd en informatie waarnaar je actief op zoek gaat en moet gaan. Als verdachte de uitlatingen in zodanige openbaarheid had gedaan dat mensen er onverhoeds tegenaan zouden lopen, zou het opzet op de openbaarheid zonder meer zijn komen vast te staan. Aannemelijk is echter dat verdachte juist door de keuze voor het forum [naam forum] in de veronderstelling verkeerde – en ook de bedoeling had – dat zijn uitlatingen slechts door een klein groepje gelijkgestemden zouden worden gelezen. Zijn opzet was derhalve gericht op een beperkte mate van openbaarheid. De rechtbank concludeert dat het als beledigend kwalificeren van de in de telastelegging opgenomen teksten in de zin van artikel 137c Sr niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het doel van de bescherming van de goede naam of rechten van anderen, als omschreven in het tweede lid van artikel 10 EVRM, wordt in voldoende mate gediend door het semi-openbare karakter van het webforum. Hoewel de uitlatingen van verdachte niet van enig gevoel voor medemenselijkheid of respect getuigen, dient het recht van verdachte deze gedachten te uiten te worden gewaarborgd. Een inbreuk op het recht van verdachte in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling is in het licht van de zaak als geheel gezien niet proportioneel ten opzichte van het doel dat daarmee wordt gediend. Volgt vrijpraak.

VONNIS

van de rechtbank Amsterdam, meervoudige strafkamer, in de strafzaak tegen

[verdachte],

geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum],
ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens op het
adres
[adres].

De rechtbank heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek op de terecht-
zittingen van 21 april 2008 en 19 mei 2008.

1. Telastelegging

Aan verdachte is telastegelegd dat

1. hij op of omstreeks 23 maart 2006 te Amsterdam, in elk geval in Nederland,
zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uit-
gelaten over een groep mensen, (te weten homoseksuelen,) wegens hun homo-
seksuele gerichtheid, door door een of meer tekst(en) te (laten) plaatsen op het
internet op de locatie [adres website 1] met de volgende inhoud:

Er gaat heus wel poen naar een zekere ex-slavenorganisatie en voortaan meer.
De ex-pisbakorganisatie “het COC” te Amsterdam krijgt maar liefst anderhal-
ve ton van de gemeente om faillissement te voorkomen. Geld zat hoor voor de
kruipende dieren.

2. hij op of omstreeks 23 maart 2006 te Amsterdam, in elk geval in Nederland,
zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uit-
gelaten over een groep mensen, (te weten negroiden,) wegens hun ras, door een
of meer tekst(en) te (laten) plaatsen op het internet op de locatie:[adres website
1] met de volgende inhoud:

Zegt de dansneger gister in Kunststof het zo spijtig te vinden uit de voormali-
ge Bijlmer te moeten vertrekken. Dat is zijn oerwoud geweest dat nu wordt
gerooid. Liedjes om zijn minderwaardigheid weg te zingen. Al die kruipende
dieren zitten bij elkaar. Straks zijn het ex-negers maar niet minder vies’.

3. hij op of omstreeks 27 maart 2006 te Amsterdam, in elk geval in Nederland,
zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uit-
gelaten over een groep mensen, (te weten allochtone vrouwen,) wegens hun gods-
dienst en/of ras, door een of meer tekst(en) te (laten) plaatsen op het internet op
de locatie: [adres website 2] met de volgende titel en inhoud: Wordfrequentie
allochtone vrouwen afgenomen

Sociologisch zal het wel een bewijs zijn dat de ratten emanciperen. Alleen het
geloof loopt nog achter. Een Westerse geloofsvariant na veel strijd zou mogen
komen. Eerst dan zijn de ratten onopvallend geworden en kunnen ze zich men-

gen met hen buiten de groep. De ware democratie breekt dan aan en ieder is gelukkig.

4. hij op of omstreeks 26 april 2005 te Amsterdam, in elk geval in Nederland, zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, (te weten Joden,) wegens hun ras en/of godsdienst, door een of meer teksten te (laten) plaatsen op het internet op de locatie: [adres website 4] met de volgende inhoud:

De zwangere prinses Maxima heeft op deze dag een bezoek gebracht aan het terrein van het voormalige KZ Auschwitz, ze werd rondgeleid door gidsen en oud-gedetineerden en ze legde samen met haar man een krans voor het monument. Beseft de prinses nie dat de grond aldaar besmet is; besmet met boosaardige straling van de onharmonieuze geesten van het schorem en ontuig dat ooit op die plek gevangen heeft gezeten? Beseft de prinses nie dat deze plek schadelijk zo niet dodelijk kan zijn voor haar vrucht? Beseft de prinses nie dat zij een dynastie van Oranje nodeloos in gevaar heeft gebracht door een kind ter wereld te kunnen brengen lijdend aan paranoïde schizofrenie?

De rechtbank leest het in de 6e regel van het onder feit 3 telastgelegde vermeldde “woordfrequentie” als “worpfrequentie”, aangezien hier sprake is van een kennelijke misslag. Door de verbetering van deze misslag wordt verdachte niet in de verdediging geschaad.

2. Voorvragen

...

3. Waardering van het bewijs

3.1 Toepassing van artikel 137c Wetboek van Strafrecht

De rechtbank is met de officier van justitie van oordeel dat geen twijfel bestaat dat verdachte degene is die achter de naam ‘[pseudoniem 1]’ schuilgaat. De naam ‘[pseudoniem 1]’ kan worden ontleed in de eerste drie letters van de voornaam, de eerste letter van de achternaam en een afkorting van de woonplaats van verdachte. Daarnaast bevat het dossier voldoende aanwijzingen die de naam [pseudoniem 1] aan verdachte koppelen. In de aangifte staat vermeld dat bij het natrekken van de naw-gegevens van ‘[pseudoniem 1]’ op het forum [naam forum] de naam en het adres van verdachte naar voren zijn gekomen (doorgenummerde pag. 7). Uit bijlage 3 bij de aangifte blijkt dat [ve[naam verdachte] op 10 september 2001 meedoet aan een discussie op de website van [website 2]. Daar wordt een verwijzing gevonden naar [website 1] (doorgenummerde pag. 18). In de computer die naar aanleiding van de aangifte bij verdachte inbeslag is genomen, is een bericht aangetroffen dat is verzonden aan “[pseudoniem 1]<[emailadres verdach-

te]” (doorgenummerde pag. 245). Verder komt in de computer van verdachte de naam [pseudoniem 1] meerdere malen voor in combinatie met de naam [naam verdachte] (doorgenummerde pag. 242, 245, 246, 248 en 250). Tevens is de tekst van het onder feit 4 telastegelegde aangetroffen op de computer van verdachte (doorgenummerde pag. 237). Tenslotte verklaart de getuige [getuige 1] dat verdachte de naam ‘[pseudoniem 1]’ gebruikte (doorgenummerde pag. 232). De rechtbank acht derhalve voldoende aanwijzingen aanwezig dat verdachte onder de naam ‘[pseudoniem 1]’ de in de telastelegging opgenomen teksten op [naam forum] heeft geplaatst.

De rechtbank stelt voorts vast dat de teksten en de discussies op [naam forum] – een afkorting van [naam website] – een onmiskenbaar homofob, racistisch, islamofob en antisemitisch karakter hebben, zoals ook de officier van justitie heeft aangevoerd. De wetgever heeft dergelijke vormen van discriminatie strafbaar gesteld in artikel 137c Wetboek van Strafrecht (Sr). Met die bepaling wordt beoogd de eigenwaarde, eer en/of goede naam van groepen mensen te beschermen, wanneer dergelijke groepen op grond van hun gemeenschappelijke kenmerken in het openbaar in diskrediet worden gebracht of hun eigenwaarde wordt aangetast.

De teksten, zoals opgenomen in de telastelegging, zijn onmiskenbaar beledigend en tevens onnodig grievend ten opzichte van de verschillende raciale, religieuze of anderszins te categoriseren groepen op wie ze betrekking hebben. De woorden waarmee aan deze groepen wordt gerefereerd, tasten de waardigheid en menselijkheid van deze groepen op onaanvaardbare wijze aan. Dit betekent echter nog niet zonder meer dat een strafrechtelijke veroordeling de juiste manier is op dergelijke uitlatingen te reageren.

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een belediging in de zin van artikel 137c Sr, moet niet alleen de tekst op zichzelf beschouwd beoordeeld worden. Artikel 137c Sr vormt namelijk een wettelijke uitzondering op het grondrecht van vrijheid van meningsuiting, zoals verankerd in onder meer artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De rechtbank zal deze zaak dan ook mede beoordelen in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake de vrijheid van meningsuiting. Uit deze jurisprudentie valt af te leiden welke feiten en omstandigheden van het geval nog meer een rol moeten spelen bij de beoordeling van de vraag of de door verdachte geschreven teksten als beledigend zijn aan te merken.

3.2 Het toetsingskader van artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM heeft een uitvoerige jurisprudentie ontwikkeld met betrekking tot de verschillende aspecten van artikel 10 EVRM. Het EHRM heeft daarin keer op keer benadrukt dat de vrijheid van meningsuiting een van de meest essentiële fundamenten van de democratische rechtstaat vormt en tevens een voorwaarde voor haar ontwikkeling als geheel en voor de ontwikkeling van de individuen binnen die rechtstaat.

Het recht op vrije meningsuiting, als gegarandeerd in het eerste lid van artikel 10 EVRM, kan ingevolge het tweede lid van dat artikel worden onderworpen aan beperkingen die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van – onder meer – de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen. Artikel 10 EVRM beschermt niet alleen informatie die aangenaam of onschuldig is, maar ook informatie of ideeën die “offend, shock or disturb”. Artikel 10, eerste lid EVRM laat daarbij weinig ruimte voor beperkingen van het recht op vrije meningsuiting ten aanzien van politieke uitlatingen of uitlatingen die het publiek belang raken.

In het onderhavige geval is in ieder geval voldaan aan het in het tweede lid van artikel 10 EVRM gestelde vereiste dat de (mogelijke) beperking is voorzien bij wet. Belediging van groepen is strafbaar gesteld in artikel 137c Sr. Daarnaast dient een mogelijke veroordeling van verdachte een van de in het tweede lid van artikel 10 EVRM opgenomen doelen, te weten de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen. Dat betekent dat de vraag moet worden beantwoord of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De officier van justitie heeft aangevoerd dat een veroordeling van verdachte noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van de goede naam of eer van anderen. De groepen mensen aan wie in de telastelegging wordt gerefereerd, dienen te worden beschermd tegen uitlatingen die opwekken tot discriminatie. Het recht niet gediscrimineerd te worden hoeft in dit geval niet te wijken voor het recht van verdachte zijn mening vrij te kunnen uiten. Een dergelijke beperking is niet disproportioneel ten aanzien van het doel dat ermee wordt beoogd.

De rechtbank benadrukt in dit kader dat het EHRM zich op het standpunt heeft gesteld dat een strafrechtelijke veroordeling en bestraffing de zwaarst mogelijke inbreuk op de vrijheid van meningsuiting vormen en dat staten voorzichtig met deze instrumenten dienen om te gaan. Dit geldt nog sterker, wanneer de staat alternatieven voorhanden heeft om op onrechtvaardige aanvallen en scherpe kritiek te reageren.

Bij de beantwoording van de vraag of een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk is in een democratische samenleving, is met name van belang of een dringende maatschappelijke noodzaak (pressing social need) bestaat om verdachte te veroordelen en of de veroordeling proportioneel is ten aanzien van het doel dat daarmee wordt beoogd. Ten slotte is van belang dat de staat in kwestie kan aantonen dat de veroordeling relevant en voldoende is. Bij de beoordeling van de vraag of een maatschappelijke noodzaak als voornoemd bestaat, wordt aan de staat een bepaalde beoordelingsvrijheid (margin of appreciation) gegeven. Het hangt sterk af van de omstandigheden van het geval welke mate van beoordelingsruimte aan de staat in kwestie wordt overgelaten. De rechtbank acht de volgende omstandigheden van belang.

3.3 Beoordeling in het licht van artikel 10 EVRM

De context waarin de teksten zijn geschreven, ontnemt het beledigend karakter daaraan niet, nu de uitlatingen op [naam forum] in het algemeen en de telastegelegde teksten in het bijzonder niet bijdragen aan het maatschappelijk debat, zoals de raadsman heeft bepleit. Op [naam forum] wordt geen debat gevoerd, maar het forum wordt gebruikt om, zoals de raadsman heeft aangevoerd, uitlatingen te doen die buiten de mainstream vallen. Hoewel het EHRM heeft bepaald dat het recht van vrije meningsuiting tevens uitlatingen betreft die ‘shock, offend or disturb’, uitlatingen die per definitie buiten de mainstream vallen, wordt het recht begrensd door de bescherming tegen dehumanisering en onwaardige behandeling in de vorm van discriminatie. Op grond van de jurisprudentie van het EHRM kan in ieder geval worden aangenomen dat, als met het gebruik van particularly strong terms, zoals door verdachte gebezigd in de telastegelegde teksten, geen bijdrage wordt geleverd aan het maatschappelijk debat, al snel het vermoeden bestaat dat aanranding van de goede naam van anderen in de bedoeling heeft gelegen van degene die de uitlatingen heeft gedaan. De rechtbank acht dan ook in beginsel bewezen dat het opzet van verdachte erop was gericht de door hem beschreven groepen mensen te beledigen.

Het opzet dient echter op alle bestanddelen van de delictsomschrijving te zijn gericht, dus ook op het in het openbaar doen van de uitlatingen. Naar het oordeel van de rechtbank is het internet een medium dat geen uithoeken of ‘obscure hoekjes’ kent, anders dan de raadsman heeft bepleit. Wel dient naar het oordeel van de rechtbank onderscheid te worden gemaakt tussen informatie die ongevraagd op je wordt afgestuurd en informatie waarnaar je actief op zoek gaat en moet gaan. In dit kader speelt ook een rol dat de aangifte is gedaan door het Meldpunt Discriminatie op Internet, niet door individuele leden van de verschillende groepen die in de gewraakte teksten worden genoemd. Het Meldpunt spoort actief het internet af naar verschillende vormen van discriminatie. Niet is gebleken dat [naam forum] op actieve wijze de openbaarheid nastreeft. [naam forum] wordt niet aan mensen via de mail, gemaskeerde links of pop-ups aan internetgebruikers opgedrongen. Ook komt men niet zomaar op het forum terecht en dient men zich zelfs te registreren om teksten op [naam forum] kunnen plaatsen.

Ten slotte is de vraag van belang of de groepen in kwestie redelijkerwijs tegen de beledigende uitlatingen konden aanlopen, en dus ongevraagd met de uitlatingen geconfronteerd konden worden, zonder zich daartegen te kunnen beschermen. Als verdachte de uitlatingen in zodanige openbaarheid had gedaan dat mensen er onverhoeds tegenaan zouden lopen, zou het opzet op de openbaarheid zonder meer zijn komen vast te staan. Aannemelijk is echter dat verdachte juist door de keuze voor het forum [naam forum] in de veronderstelling verkeerde – en ook de bedoeling had – dat zijn uitlatingen slechts door een klein groepje gelijkgestemden zouden worden gelezen. Zijn opzet was derhalve gericht op een beperkte mate van openbaarheid.

Hierin bestaat een duidelijk verschil met media als televisie of radio, waarbij de kijker en/of luisteraar in veel mindere mate in de hand heeft welke informatie op

hem wordt afgestuurd. Nu verdachte een semi-openbare internetsite als forum heeft gekozen, is de rechtbank er niet van overtuigd dat verdachte het opzet had de uitlatingen in volledige openbaarheid te doen. Ten slotte is aannemelijk dat verdachte in ieder geval niet het opzet had de uitlatingen rechtstreeks te doen toekomen aan de groepen die hij tot onderwerp van die uitlatingen heeft gemaakt.

3.4. Terug naar de toepassing van artikel 137c Wetboek van Strafrecht

Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat het als beledigend kwalificeren van de in de telastelegging opgenomen teksten in de zin van artikel 137c Sr niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het doel van de bescherming van de goede naam of rechten van anderen, als omschreven in het tweede lid van artikel 10 EVRM, wordt in voldoende mate gediend door het semi-openbare karakter van het webforum [naam forum]. Hoewel de uitlatingen van verdachte niet van enig gevoel voor medemenselijkheid of respect getuigen, dient het recht van verdachte deze gedachten te uiten te worden gewaarborgd. Een inbreuk op het recht van verdachte in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling is in het licht van de zaak als geheel gezien niet proportioneel ten opzichte van het doel dat daarmee wordt gediend.

Het voorgaande betekent dat het telastegelegde niet bewezen is en dat verdachte daarvan dient te worden vrijgesproken.

De rechtbank komt op grond van het voorgaande tot de volgende beslissing.

4. Beslissing

Verklaart het telastegelegde niet bewezen en spreekt verdachte daarvan vrij.

Dit vonnis is gewezen door

mr. W.F. Korthals Altes, voorzitter,
mrs. T.H. Bosma en H.P. van der Lelie, rechters,
in tegenwoordigheid van mr. R. Kouwenhoven, griffier,
en uitgesproken op de openbare terechtzitting van deze rechtbank van 2 juni 2008.

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 4 juni 2008**EnerQ****LJN-nummer BD2958**

(vergelijkbaar met BD4036 en BD 4039)

Bestuursrecht, elektronisch berichtenverkeer, vormvoorschrift, functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, origineel formulier, betrouwbaarheid art. 2:13 Awb.

Sinds de inwerkingtreding van Afdeling 2.3 van de Awb is ingevolge artikel 2:13, eerste lid, Awb hoofdregel dat elektronisch berichtenverkeer tussen burgers en bestuursorganen mogelijk is, mits de bepalingen van deze afdeling in acht worden genomen.

Artikel 2:13, tweede lid, Awb geeft twee situaties aan waarin de hoofdregel van het eerste lid niet geldt.

De eerste uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub a Awb) betreft de situatie waarin bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald dat het eerste lid niet geldt. Uit de Memorie van Toelichting bij de Webv valt af te leiden dat het uitsluiten van de werking van het eerste lid van artikel 2:13 Awb uitdrukkelijk dient te geschieden. Een uitdrukkelijke bepaling die artikel 2:13, eerste lid, Awb zijn werking ontnemt, valt in beide door verweester genoemde wettelijke voorschriften niet te lezen.

De tweede uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub b Awb) betreft de situatie waarin een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet. Alleen als een vormvoorschrift een functie vervult, welke niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, zal kunnen worden aangenomen dat het vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet, zo valt op te maken uit de MvT. Bij het aanvragen van MEP-subsidie, waarbij drie vormvoorschriften zijn te onderscheiden, is van een dergelijke situatie geen sprake.

Het eerste vormvoorschrift dat in de door verweester bedoelde wettelijke bepalingen valt te onderkennen, houdt in dat gebruik wordt gemaakt van een formulier. Gebruik van het hier bedoelde formulier vervult naar het oordeel van het College geen functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd. Integendeel, potentiële aanvragers worden door verweester gestimuleerd een aanvraagformulier langs elektronische weg op te vragen en tevens langs elektronische weg in te dienen.

Het tweede vormvoorschrift houdt in dat sprake moet zijn van een "origineel" formulier. De betekenis van dit vereiste is onduidelijk. Immers, van indiening op een formulier dat als "origineel" valt aan te merken, zal in alle gevallen waarin het digitale aanvraagformulier wordt gebruikt, geen sprake zijn, nu verweester in dat geval aanvragers vraagt om hun aanvragen in te dienen op formulieren die zij zelf vervaardigen door een bepaald bestand uit te printen. Voor zover verweester meent dat bedoeld vormvoorschrift bepaalde waarborgen met betrekking tot de betrouwbaarheid

van de aanvragen biedt, overweegt het College dat artikel 2:15, derde lid, Awb voorziet in de mogelijkheid een elektronisch verzonden bericht te weigeren voor zover de betrouwbaarheid ervan onvoldoende is gewaarborgd. De originaliteitseis vervult dus evenmin een functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd.

Het laatste vormvoorschrift betreft de voorwaarde dat het formulier ondertekend moet zijn. Ook dit is geen voorschrift dat een functie vervult die langs elektronische weg niet kan worden bereikt. In artikel 2:16 Awb wordt immers aangegeven op welke wijze bij elektronische verzending aan het vereiste van ondertekening kan worden voldaan.

UITSPRAAK in de zaak van:

Gemeente Venlo, appellante,
gemachtigde: mr. M.P.W. Killaars, werkzaam bij de gemeente Venlo,
tegen
TenneT TSO B.V., te Arnhem, verweerster,
gemachtigde: mr. M.W. Engelen, werkzaam bij EnerQ B.V. te Arnhem.

1. De procedure

Appellante heeft bij brief van 8 juli 2007, bij het College binnengekomen op 9 juli 2007, beroep ingesteld tegen een besluit van verweerster van 29 mei 2007, verzonden op 4 juni 2007.

Bij dit besluit heeft verweerster het bezwaar van appellante tegen het niet tijdig nemen van een besluit op de aanvraag van appellante om subsidie niet-ontvanke-lijk verklaard.

Op 14 augustus 2007 heeft verweerster een verweerschrift ingediend.

Op 11 april 2008 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten hebben toegelicht.

2. De grondslag van het geschil

2.1 In de Elektriciteitswet 1998 (hierna: de Wet) was ten tijde hier van belang onder meer het volgende bepaald:

“Artikel 72m

1. De netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet verstrekt op aanvraag een subsidie ten behoeve van de productie van duurzame elektriciteit, klimaatneutrale elektriciteit of elektriciteit die is opgewekt door middel van warmtekrachtkoppeling, die is genoemd in de ministeriële regeling, bedoeld in artikel 72p, tweede lid, aan:

a. een op een Nederlands net aangesloten producent die gedurende ten minste 10 jaar een productieinstallatie voor duurzame elektriciteit of klimaatneutrale elektriciteit in stand houdt en exploiteert;

(...)

Artikel 72r

1. Een aanvraag om subsidie wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een formulier, dat wordt vastgesteld bij ministeriële regeling (...)"

In de Algemene uitvoeringsregeling milieukwaliteit elektriciteitsproductie (hierna: de Regeling) is, voorzover hier van belang, bepaald:

"Artikel 15

1. Een aanvraag om subsidie wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier, dat is opgenomen in de bij deze regeling behorende bijlage 1.

(...)

3. Een verzoek tot ontheffing als bedoeld in artikel 72m, derde lid, of 72s, tweede lid, van de wet wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier, dat is opgenomen in de bij deze regeling behorende bijlage 3.

4. In afwijking van het derde lid kan een verzoek tot ontheffing elektronisch worden ingediend, indien het verzoek wordt ingediend met gebruikmaking van de elektronische weg die daartoe is geopend en de indiening geschiedt met toepassing van de pincode en het certificaat die aan de verzoeker zijn toegekend."

Artikel 2:13 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt:

" 1. In het verkeer tussen burgers en bestuursorganen kan een bericht elektronisch worden verzonden, mits de bepalingen van deze afdeling in acht worden genomen.

2. Het eerste lid geldt niet, indien:

- a. dit bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald, of
- b. een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet."

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Appellante heeft op 28 juli 2006 via internet op de website van EnerQ een digitaal aanvraagformulier ingevuld voor het verkrijgen van subsidie ter stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie (hierna: MEP-subsidie).
- Nadat alle vragen zijn ingevuld, kan de aanvrager klikken op "aanvraag versturen"; vervolgens verschijnt op het scherm de volgende tekst: "Uw digitale aanvraag is verstuurd. Deze digitale versie is nog niet voldoende om als for-

mele aanvraag om MEP-subsidie te worden beschouwd. Daarvoor dient u een ondertekend aanvraagformulier bij ons in te dienen. U ontvangt dit aanvraagformulier MEP-subsidie per email. Dit formulier dient u dus ondertekend in te sturen aan EnerQ B.V. om uw aanvraag in behandeling te kunnen nemen”.

- Aan een ingevulde “digitale aanvraag” wordt automatisch een nummer toegekend. Voor de aanvraag van appellante is dit nummer 20060006795.
- Blijkens het register van verweerster is op 28 juli 2006 een email verzonden aan alhspeels@plex.nl.
- Appellante heeft op 22 augustus 2006, medio september 2006, op 21 december 2006 en op 7 februari 2007 met verweerster contact gehad omtrent de aanvraag.
- Op 22 augustus 2006 heeft appellante een nieuwe aanvraag MEP-subsidie ingediend.
- Bij brief van 20 maart 2007 heeft appellante bezwaar gemaakt tegen het niet tijdig nemen van een besluit op de aanvraag van 28 juli 2006, dan wel de fictieve weigering van MEP-subsidie.
- Op 8 mei 2007 heeft een hoorzitting in het kader van het bezwaar plaatsgevonden.
- Op 18 mei 2007 heeft de Bezwaarschriftencommissie milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie (hierna: de commissie) haar advies uitgebracht.
- Vervolgens heeft verweerster het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en het nadere standpunt van verweerster

Bij het bestreden besluit heeft verweerster, onder overneming van het advies van de commissie, het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. In het advies wordt – samengevat – als volgt overwogen.

In artikel 2:13, tweede lid, Awb is bepaald dat een bericht tussen burgers en bestuursorganen niet elektronisch kan worden verzonden als dit bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald of als een vormvoorschrift zich daartegen verzet. Artikel 72r, eerste lid, van de Wet en artikel 15, eerste lid, van de Regeling bepalen dat een aanvraag om subsidie moet worden ingediend met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier. In artikel 15, vierde lid, van de Regeling is aangegeven dat een verzoek tot ontheffing langs elektronische weg kan worden verzonden. Artikel 15 van de Regeling bevat voor het aanvragen van subsidie geen mogelijkheid tot elektronische indiening van een aanvraag, dus deze is bewust uitgesloten.

Ter zitting heeft verweerster hieraan toegevoegd dat de aangehaalde bepalingen zowel een wettelijk voorschrift als een vormvoorschrift zijn, waaruit blijkt dat bij het aanvragen van MEP-subsidie elektronisch verkeer is uitgesloten.

Door appellante is niet gesteld, noch is anderszins gebleken, dat zij tijdig een schriftelijke aanvraag heeft ingediend. Nu moet worden geconcludeerd dat er geen aanvraag is ingediend, is er geen sprake van het niet tijdig nemen van een beslissing. Het daartegen ingestelde bezwaar is niet-ontvankelijk.

Nu artikel 2:13 Awb van toepassing is, staat het verweerster niet vrij kenbaar te maken dat de elektronische weg is geopend. Indien artikel 72r, eerste lid, van de Wet en artikel 15 van de Regeling niet aan de verzending langs elektronische weg in de weg zouden hebben gestaan, zou er aanleiding kunnen zijn om de elektronische aanvraag als onvolledige aanvraag aan te merken. In dat geval zou verweerster gehouden zijn geweest om een bericht als bedoeld in artikel 4:5 Awb te verzenden dan wel om te beslissen op de aanvraag.

Tot slot is overwogen dat appellante het bezwaarschrift tegen het niet tijdig nemen van een besluit onredelijk laat heeft ingediend. Er is op 22 augustus 2006, medio september 2006 en op 21 december 2006 contact geweest tussen medewerkers van appellante en medewerkers van verweerster. In al deze contacten heeft verweerster aangegeven niet op de aanvraag te zullen beslissen. Omdat de indiening van het bezwaarschrift op 20 maart 2007 onredelijk laat is, is het bezwaar ook om die reden niet-ontvankelijk.

4. Het standpunt van appellante

Appellante heeft – samengevat – het volgende aangevoerd.

4.1 Op 28 juli 2006 heeft appellante een digitaal aanvraagformulier aan verweerster verzonden. De door verweerster aan appellante gezonden email met als bijlage het door appellante ingevulde en bij verweerster ingediende digitale aanvraagformulier heeft appellante nooit bereikt. Na een intern onderzoek naar de juridische aspecten van de zaak, heeft appellante bezwaar gemaakt bij verweerster.

Er wordt voldaan aan de definitie van het begrip aanvraag. Er is sprake van een verzoek dat is gebaseerd op een wettelijk voorschrift, namelijk artikel 72m, eerste lid, van de Wet. Appellante is daarbij belanghebbende en er is verzocht om het nemen van een schriftelijke beslissing inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Appellante was verplicht gebruik te maken van het elektronische, op de website van verweerster ter beschikking gestelde, aanvraagformulier. Overeenkomstig artikel 2:15, eerste lid, Awb worden door verweerster nadere eisen gesteld aan de elektronische aanvraag, in die zin dat de handtekening niet elektronisch kan worden gezet, maar deze handmatig dient te geschieden. Er is, wegens het ontbreken van een ondertekening, sprake van een onvolledige aanvraag. Dit laat echter onverlet dat er sprake is van een (elektronische) aanvraag.

Een weigering in de zin van artikel 2:15, derde lid, Awb is door verweerster niet verzonden.

Het feit dat voor een ontheffing expliciet de weg van het elektronisch verkeer is geopend, doet aan het voorgaande niet af. Het betreffende artikellid stamt uit de tijd dat er nog geen sprake was van de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer (hierna: Webv).

4.2 Verweerster heeft opgemerkt dat indien artikel 72r van de Wet en artikel 15 van de Regeling geen obstakel zouden vormen voor verzending langs de elektronische weg, er wel redenen zouden kunnen zijn om elektronische indiening als onvolledige aanvraag aan te merken. In dat geval zou verweerster gehouden zijn geweest om een bericht als bedoeld in artikel 4:5 Awb te versturen.

De door verweerster naar aanleiding van de aanvraag gezonden email is geen mededeling als bedoeld in artikel 4:5 Awb, dat vereist dat de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. De email is verzonden naar een niet bestaand emailadres zonder dat is gecontroleerd of er een zogeheten “no-replybericht” terugkwam, er is geen termijn genoemd waarbinnen het verzuim moest worden hersteld en er is geen melding gemaakt van het feit dat de aanvraag buiten behandeling wordt gelaten indien de aanvraag niet tijdig is aangevuld. Verweerster had de gelegenheid moeten bieden om de aanvraag aan te vullen.

Dat een onjuist emailadres is verstrekt, doet er niet aan af dat verweerster na ontvangst van het no-replybericht de inhoud van de email alsnog naar het correcte emailadres, dan wel als papieren geschrift had moeten verzenden.

4.3 Het bezwaarschrift is niet onredelijk laat ingediend. Appellante heeft meermalen verzocht om bevestiging van het feit dat een aanvraag was ingediend. Door toedoen van medewerkers van verweerster was het appellante volstrekt onduidelijk dat er sprake zou kunnen zijn van een rechtsgeldige aanvraag. Pas op 7 februari 2007 heeft appellante naar aanleiding van een verzoek in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur stukken ontvangen uit het register van verweerster waaruit bleek dat op 28 juli 2006 daadwerkelijk een aanvraag was binnengekomen. Daarna heeft appellante zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk was, bezwaar gemaakt bij verweerster.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Het College dient in dit geding de vraag te beantwoorden of verweerster terecht het bezwaar van appellante tegen het niet tijdig nemen van een besluit op haar aanvraag van 28 juli 2006 om MEP-subsidie niet-ontvankelijk heeft verklaard.

Verweerster heeft zich op het standpunt gesteld dat in het onderhavige geval artikel 2:13, tweede lid, Awb in de weg staat aan het doen van een elektronische aanvraag. Door bij haar aanvraag geen gebruik te maken van het origineel van een ondertekend formulier, heeft appellante geen aanvraag om MEP-subsidie ingediend, zodat verweerster niet gehouden was hierop te beslissen. Tevens heeft verweerster het standpunt ingenomen dat appellante onredelijk laat bezwaar heeft gemaakt.

Appellante heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat de door haar ingediende elektronische aanvraag moet worden beschouwd als een – onvolledige – aanvraag en dat verweerster haar ten onrechte niet in de gelegenheid heeft

gesteld deze aanvraag aan te vullen. Voorts heeft appellante het standpunt ingenomen dat zij niet onredelijk laat bezwaar heeft gemaakt.

Het College overweegt hieromtrent het volgende.

5.2 Sinds de inwerkingtreding van Afdeling 2.3 van de Awb is ingevolge artikel 2:13, eerste lid, Awb hoofdregel dat elektronisch berichtenverkeer tussen burgers en bestuursorganen mogelijk is, mits de bepalingen van deze afdeling in acht worden genomen.

Artikel 2:13, tweede lid, Awb geeft twee situaties aan waarin de hoofdregel van het eerste lid niet geldt. Volgens verweerster zijn beide uitzonderingen in dit geval van toepassing.

5.3 De eerste uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub a Awb) betreft de situatie waarin bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald dat het eerste lid niet geldt. Verweerster is van mening dat hiervan sprake is, nu artikel 72r van de Wet bepaalt dat een aanvraag wordt ingediend “met gebruikmaking van het origineel van een formulier”, dat wordt vastgesteld bij ministeriële regeling en nu artikel 15, eerste lid, van de Regeling voorschrijft dat een aanvraag wordt ingediend “met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier”, dat is opgenomen in een bijlage bij de Regeling. Het College overweegt dienaangaande dat uit de Memorie van Toelichting bij de Webv (TK 2001-2002, 28 483, nr. 3; hierna: MvT) valt af te leiden dat het uitsluiten van de werking van het eerste lid van artikel 2:13 Awb uitdrukkelijk dient te geschieden. Op p. 37 van de MvT is bij de toelichting op artikel 2:13, tweede lid, Awb sprake van een “verbod” bij de beschrijving van gevallen waarin elektronisch verkeer bij of krachtens de wet is uitgesloten.

Een uitdrukkelijke bepaling die artikel 2:13, eerste lid, Awb zijn werking ontnemt, valt in beide door verweerster genoemde wettelijke voorschriften niet te lezen. Verweerster heeft gewezen op de omstandigheid dat artikel 15, vierde lid, van de Regeling regelt dat een verzoek tot ontheffing als bedoeld in artikel 15, derde lid, elektronisch kan worden ingediend, terwijl een soortgelijke bepaling met betrekking tot een aanvraag om subsidie als bedoeld in artikel 15, eerste lid, ontbreekt. Het College overweegt dat artikel 15 niet is gewijzigd sinds de vaststelling van de Regeling op 6 juni 2003, welk tijdstip is gelegen voor de inwerkingtreding van de Webv op 1 juli 2004. Artikel 15 regelde dus, op een moment dat Afdeling 2.3 Awb nog niet gold, dat elektronische aanvragen om ontheffing reeds mogelijk waren. Dit betekent evenwel niet, dat – op basis van een a contrario redenering – in artikel 15 na inwerkingtreding van Afdeling 2.3 Awb voor het aanvragen om subsidie een uitsluiting als bedoeld in artikel 2:13, tweede lid, Awb van het als hoofdregel geldende regime dient te worden gelezen.

Overigens staat het voorgaande er niet aan in de weg dat verweerster, mede op basis van het gedifferentieerde regime in artikel 15 van de Regeling, het standpunt betreft dat zij voor subsidieaanvragen – in termen van artikel 2:15, eerste lid, Awb – niet kenbaar heeft gemaakt dat zij de weg van elektronisch berichtenverkeer heeft geopend.

5.4 De tweede uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub b Awb) betreft de situatie waarin een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet. Volgens verweerster zijn evenvermelde artikelen 72r van de Wet en 15 van de Regeling aan te merken als vormvoorschriften die zich tegen elektronische indiening van aanvragen verzetten. Het College overweegt hieromtrent als volgt.

In de MvT (p. 34, par. 7) wordt aangegeven dat voorschriften in bijzondere wetgeving die betrekking hebben op bijvoorbeeld de wijze van verzending of die ondertekening van stukken voorschrijven, geen aanpassing behoeven in verband met Afdeling 2.3 Awb. Als de voorwaarden uit de tot Afdeling 2.3 behorende bepalingen in acht worden genomen, staat als hoofdregel immers (het alternatief van) de elektronische weg open. Alleen als een vormvoorschrift een functie vervult, welke niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, zal kunnen worden aangenomen dat het vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet, zo valt op te maken uit de MvT (p. 37 en 38).

Bij het aanvragen van MEP-subsidie, waarbij drie vormvoorschriften zijn te onderscheiden, is van een dergelijke situatie geen sprake.

5.4.1 Het eerste vormvoorschrift dat in de door verweerster bedoelde wettelijke bepalingen valt te onderkennen, houdt in dat gebruik wordt gemaakt van een formulier. Gebruik van het hier bedoelde formulier vervult naar het oordeel van het College geen functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd. Integendeel, potentiële aanvragers worden door verweerster gestimuleerd een aanvraagformulier langs elektronische weg op te vragen en tevens langs elektronische weg in te dienen.

5.4.2 Het tweede vormvoorschrift houdt in dat sprake moet zijn van een “origineel” formulier. De betekenis van dit vereiste is onduidelijk. Immers, van indiening op een formulier dat als “origineel” valt aan te merken, zal in alle gevallen waarin het digitale aanvraagformulier wordt gebruikt, geen sprake zijn, nu verweerster in dat geval aanvragers vraagt om hun aanvragen in te dienen op formulieren die zij zelf vervaardigen door een bepaald bestand uit te printen. Voor zover verweerster meent dat bedoeld vormvoorschrift bepaalde waarborgen met betrekking tot de betrouwbaarheid van de aanvragen biedt, overweegt het College dat artikel 2:15, derde lid, Awb voorziet in de mogelijkheid een elektronisch verzonden bericht te weigeren voor zover de betrouwbaarheid ervan onvoldoende is gewaarborgd. De originaliteitseis vervult dus evenmin een functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd.

5.4.3 Het laatste vormvoorschrift betreft de voorwaarde dat het formulier ondertekend moet zijn. Ook dit is geen voorschrift dat een functie vervult die langs elektronische weg niet kan worden bereikt. In artikel 2:16 Awb wordt immers aangegeven op welke wijze bij elektronische verzending aan het vereiste van ondertekening kan worden voldaan.

5.5 Het College is op grond van het vorenstaande van oordeel dat verweerster ten onrechte heeft aangenomen dat artikel 2:13, tweede lid, Awb aan elektronische indiening van appellantes MEP-aanvraag in de weg stond. Dit betekent, dat sprake is van een situatie waarin op grond van artikel 2:13, eerste lid, Awb elektro-

nisch berichtenverkeer tussen appellante en verweerster mogelijk is, mits de bepalingen van Afdeling 2.3 in acht worden genomen.

5.6 Verweerster stelt blijkens de in de één-na-laatste alinea van rubriek 3 weergegeven overweging dat, bij afwezigheid van een uitzondering als bedoeld in artikel 2:13, tweede lid, Awb er redenen zouden kunnen zijn om de elektronische indiening als onvolledige aanvraag aan te merken, in welk geval verweerster gehouden zou zijn geweest om een bericht als bedoeld in artikel 4:5 Awb te verzenden dan wel om te beslissen op de aanvraag. Het College onderschrijft deze opvatting en wijst in dit verband op de volgende passages van de MvT (p. 32 en 33):

“Artikel 4:5 is onder meer van toepassing als de aanvraag wordt geweigerd op grond van artikel 2:15. Ingevolge art. 4:5 kan het bestuursorgaan besluiten deze aanvraag buiten behandeling te laten, mits de aanvrager in de gelegenheid is gesteld de aanvraag aan te vullen.

(...)

Indien een aanvraag tot het geven van een beschikking langs elektronische weg wordt ingediend, terwijl de elektronische weg daarvoor niet is geopend of niet op deze wijze is geopend, dan kan het bestuursorgaan ingevolge artikel 2:15, eerste lid, weigeren de aanvraag te aanvaarden. Ook op deze situatie is artikel 4:5 van toepassing.

(...)”

Het College constateert dat verweerster aan het slot van de digitale aanvraagprocedure op 28 juli 2006 aan appellante duidelijk heeft gemaakt dat de digitale versie geen formele aanvraag was en dat van behandeling van een aanvraag pas sprake kon zijn na inzending van een ondertekend aanvraagformulier. Hiermee is appellante – in termen van artikel 4:5

Awb – de gelegenheid geboden de aanvraag aan te vullen. Een termijn waarbinnen dit diende te geschieden, is hierbij evenwel niet gesteld.

5.7 Aan het besluit tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar heeft verweerster subsidiair ten grondslag gelegd dat het bezwaar onredelijk laat is ingediend. Het College volgt verweerster hierin niet en overweegt daartoe als volgt. Ingevolge artikel 6:12, eerste lid, Awb is het bezwaar of beroep, indien het is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, niet aan een termijn gebonden. Ingevolge artikel 6:12, tweede lid, Awb kan het bezwaar of beroep worden ingediend zodra het bestuursorgaan in gebreke is tijdig een besluit te nemen. Ingevolge artikel 6:12, derde lid, Awb wordt het bezwaar of beroep niet-ontvankelijk verklaard indien het bezwaar- of beroepschrift onredelijk laat is ingediend. Nu in de Wet geen termijn is opgenomen waarbinnen het bestuursorgaan een besluit op de aanvraag dient te nemen, geldt ingevolge artikel 4:13 Awb dat een beschikking dient te worden gegeven binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag. Deze redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer het

bestuursorgaan binnen acht weken na de ontvangst van de aanvraag geen beschikking heeft gegeven, noch een kennisgeving van een nieuwe termijn heeft gedaan. Uitgaande van de ontvangst van de aanvraag op 28 juli 2006, diende uiterlijk 21 september 2006 een beschikking te zijn gegeven. Na deze datum kon appellante derhalve bezwaar maken tegen het uitblijven van een beschikking. Niet is komen vast te staan, dat zijdens verweerster is aangegeven dat geen beslissing zou volgen op de aanvraag van 28 juli 2006. Het College wijst er in dit verband op dat de gemachtigde van verweerster ter zitting heeft aangegeven dat naar aanleiding van de op nihilstelling van de MEP-subsidie per 18 augustus 2006 diverse korte gedingen zijn gevoerd, en dat in afwachting van de uitspraak in die gedingen besluitvorming omtrent lopende aanvragen werd aangehouden.

Het College is van oordeel dat onder de gegeven omstandigheden, mede gezien in het licht dat verweerster lange tijd in gebreke is gebleven met het verschaffen van een kopie van de elektronische aanvraag, niet kan worden gezegd dat appellante onredelijk laat bezwaar heeft gemaakt. Het College overweegt hierbij tevens dat appellante na afloop van de hierboven genoemde termijn in contact is gebleven met verweerster en dat niet kan worden gezegd dat zij in deze periode geen hoop mocht hebben op het alsnog afkomen van een besluit.

5.8 Het voorgaande leidt ertoe dat het besluit op bezwaar vernietigd dient te worden. Dit betekent tevens dat het bezwaar tegen het uitblijven van enig besluit naar aanleiding van de elektronische aanvraag gegrond is. Het College zal verweerster opdragen alsnog een dergelijk besluit te nemen.

5.9 Ten behoeve van de verdere besluitvorming overweegt het College dat verweerster zal dienen te beoordelen welke consequenties zij verbindt aan het feit dat zij appellante geen termijn heeft geboden waarbinnen haar aanvraag kon worden aangevuld. Hierbij dient zij te betrekken de beëindiging per 18 augustus 2006 van de mogelijkheid om MEP-subsidie aan te vragen en het feit dat appellante, naar zij stelt, op 22 augustus 2006 een nieuwe aanvraag heeft ingediend, die heeft geleid tot een – aan het College onbekend – besluit waartegen zij bezwaar heeft gemaakt.

5.10 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het beroep gegrond moet worden verklaard. Het College acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb.

6. De beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- bepaalt dat verweerster alsnog een besluit neemt op de aanvraag van 28 juli 2006;
- bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellante het door haar betaalde

griffierecht ten bedrage van € 285,- (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro) vergoedt.

Aldus gewezen door mr. C.J. Borman, mr. F. Stuurop en mr. H.O. Kerkmeester, in tegenwoordigheid van mr. E. van Kerkhoven als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 29 mei 2008.

HR 13 juni 2008
Ladbrokes
LJN-nummer BC8970

Europees economisch recht, kansspelen via internet, Wet op de Kansspelen, art. 49 EG, Gambelli-arrest

HR constateert dat redelijke twijfel mogelijk is over de vraag of het restrictieve kansspelbeleid zoals dit in Nederland wordt gevoerd ook thans nog een voldoende rechtvaardiging oplevert voor de beperking van het vrije dienstenverkeer, en stelt derhalve prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

1. Voldoet een restrictief nationaal kansspelbeleid, dat effectief is in de doelstellingen het beteugelen van gokverslaving en tegengaan van fraude, aan de voorwaarde van het Gambelli-arrest (HvJ 6 november 2003, zaak C-243/01)?

2a. Stel dat een nationale regeling van het kansspelbeleid verenigbaar is met art. 49 EG, moet de nationale rechter dan in een concreet geval telkens onderzoeken of de te treffen maatregel effectief en proportioneel is?

2b. Maakt het daarbij nog wat uit of het gaat om handhaving door het bevoegd gezag, of om een civielrechtelijke zaak tussen een vergunninghouder en een niet-vergunninghouder?

3. Dient art. 49 EG aldus te worden uitgelegd, dat een dienstaanbieder die in een lidstaat een vergunning heeft, niet verboden kan worden die diensten via internet ook in andere lidstaten aan te bieden?

ARREST

1. de vennootschap naar buitenlands recht LADBROKES BETTING & GAMING LTD., voorheen geheten Ladbrokes Ltd, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk,
2. de vennootschap naar buitenlands recht LADBROKES INTERNATIONAL LTD., gevestigd te Gibraltar, Verenigd Koninkrijk,

EISERESSEN tot cassatie,
advocaat: mr. C.J.A. Stevens,

tegen

de stichting STICHTING DE NATIONALE SPORTTOTALISATOR,
gevestigd te 's-Gravenhage,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. E.H. Pijnacker Hordijk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Ladbrokes en de Lotto.

1. Het geding in feitelijke instanties

De Lotto heeft bij exploot van 21 februari 2003 Ladbrokes gedagvaard voor de rechtbank Arnhem. Na wijziging van eis heeft de Lotto gevorderd, kort gezegd, dat de rechtbank Ladbrokes gebiedt het aan Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan kansspelen via internet, telefoon of anderszins, voor zover deze kansspelen zonder vergunning worden aangeboden door Ladbrokes, rechtstreeks of door middel van een met Ladbrokes verbonden tussenpersoon. Voorts heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes verbiedt enige van haar kansspelen aan te bieden via een website met een Nederlands adres, waaronder www.ladbrokes.nl. Subsidiair heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gelast de bevordering van deelname aan kansspelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, voor zover deze kansspelen door (een met) Ladbrokes (verbonden (rechts)persoon) worden aangeboden. Een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Ladbrokes heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 2 juni 2004 de Lotto in de gelegenheid gesteld te bewerkstelligen dat de minister van Justitie reageert op de vragen die de rechtbank heeft gesteld over de uitvoering van het kansspelbeleid (rov. 4.30 tot en met 4.39).

De minister van Justitie heeft bij brief van 21 oktober 2004 aan de Lotto gereageerd. Hierna hebben partijen zich nader uitgelaten.

Bij eindvonnis van 31 augustus 2005 heeft de rechtbank de vordering van de Lotto toegewezen, in die zin dat zij Ladbrokes heeft gelast de op grond van de uitspraken in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 27 januari 2003, LJN AF3374, IER 2003, 3, en van het hof Arnhem van 2 september 2003, LJN AJ9996, NJF 2003, 60, IER 2003, 77, ingevoerde blokkeeringsmaatregelen (die op de toegang via internet en het 0800-telefoonnummer betrekking hebben) in stand te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het meer of anders gevorderde heeft de rechtbank afgewezen.

Tegen beide vonnissen van de rechtbank heeft Ladbrokes hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij arrest van 17 oktober 2006 heeft het hof het de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Ladbrokes beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Lotto heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

Ter terechtzitting van 9 november 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens Ladbrokes het woord is gevoerd door mr. W.A. Hoyng, advocaat te Amsterdam, en namens de Lotto door mr. J.C.H. van Manen, advocaat te Amsterdam, en mr. E.H. Pijnacker Hordijk, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het cassatieberoep van Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals in de conclusie onder 4.7 is voorgesteld. Namens Ladbrokes heeft mr. Hoyng voornoemd op de conclusie gereageerd bij brief van 18 april 2008.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De Lotto is een stichting die als doelstelling heeft gelden te verwerven door het organiseren van kansspelen, in overeenstemming met haar vergunningen en wettelijke regels, en het verdelen van deze gelden onder instellingen van algemeen belang. Aan de Lotto zijn, als enige in Nederland, op grond van de Wet op de kansspelen (hierna: Wok) door de ministers van Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport vergunningen verleend voor het organiseren van lotto's, sportprijsvragen en instantloterijen.
- (ii) Ladbrokes is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich bezig met het organiseren van sportieve weddenschappen en is met name bekend door haar activiteiten op het gebied van bookmaking, dat wil zeggen het afsluiten van weddenschappen door middel van noteringen. Bookmaking wordt vooral toegepast bij sportwedstrijden. Op de website www.ladbrokes.com biedt Ladbrokes een aantal, hoofdzakelijk sportgerelateerde, kansspelen aan. Verder biedt Ladbrokes de mogelijkheid via een telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen.

3.2 Tussen partijen is naast de onderhavige bodemprocedure ook een kort geding gevoerd, dat heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005, nr. C03/306, NJ 2005, 404. In dat arrest is het cassatieberoep van Ladbrokes verworpen tegen voorlopige voorzieningen die kort gezegd ertoe strekten dat Ladbrokes het voor Nederlandse ingezetenen in Nederland onmogelijk moest maken deel te nemen aan de door haar op internet aangeboden lotto's, instantloterijen en

sportwedstrijden, op dezelfde wijze als waarop dat is geschied ten aanzien van ingezetenen van de Verenigde Staten van Amerika.

In de onderhavige bodemprocedure heeft de rechtbank Ladbroke op straffe van een dwangsom bevolen de ter uitvoering van die voorlopige voorzieningen getroffen blokkeringsmaatregelen in stand te laten. Het hof heeft die beslissing bekrachtigd.

3.3 Het hof heeft in rov. 4.2 allereerst de grondslag van de vordering van de Lotto weergegeven. Deze houdt samengevat in dat Ladbroke jegens de Lotto onrechtmatig handelt door in strijd met de Wok in Nederland kansspelen te organiseren dan wel deelname daaraan te bevorderen, zonder dat Ladbroke over een Nederlandse vergunning beschikt. Volgens de Lotto geeft Ladbroke door het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen en andere kansspelen, mede aan deelnemers in Nederland, hier te lande gelegenheid mee te dingen naar prijzen, en handelt zij, nu zij geen vergunning heeft voor het organiseren van die kansspelen in Nederland, in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok, subsidiair met art. 1, aanhef en onder b, Wok. Voorts heeft de Lotto aangevoerd dat zij zich bij het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen, lotto's en instantloterijen dient te houden aan vele voorschriften, vervat in de Wok en daarop gebaseerde regelgeving en vergunningen, dat zij slechts die spelen mag aanbieden die vallen onder de aan haar verstrekte vergunningen en dit slechts mag doen volgens de daarin genoemde voorschriften, en dat Ladbroke, door in strijd met de Wok kansspelen te organiseren en aan te bieden, jegens de Lotto onrechtmatig handelt, mede omdat zij zich aldus een oneerlijke en onrechtmatige voorsprong verschaft op haar concurrente de Lotto, waarbij van belang is dat de strenge Nederlandse voorschriften in sterke mate verschillen van de minimale Engelse (Britse) voorschriften waaraan Ladbroke is onderworpen. Volgens het hof roepen deze stellingen en het daartegen gevoerde verweer, binnen het kader van de rechtsstrijd in appel, in het bijzonder de volgende drie hoofdvragen op:

- 1) handelt Ladbroke in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?
- 2) is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG?
- 3) handelt Ladbroke onrechtmatig jegens de Lotto?

3.4 Het hof heeft (in rov. 4.3-4.5) vraag 1 bevestigend beantwoord, (in rov. 4.6-4.21) vraag 2 ontkennend, en vervolgens (rov. 4.22-4.25) vraag 3 bevestigend. Bij de beoordeling van enkele cassatieklachten betreffende de tweede vraag rijzen vragen van uitleg van gemeenschapsrecht die de Hoge Raad zal voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het stellen van die vragen is echter slechts zinvol indien ervan moet worden uitgegaan dat Ladbroke in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok handelt. Daarom zal eerst het daarop betrekking hebbende tegen rov. 4.3 gerichte onderdeel I van het middel worden behandeld.

3.5.1 Het hof heeft in rov. 4.3 met verwijzing naar het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005 vooropgesteld dat doel en strekking van

art. 1, aanhef en onder a, Wok nopen tot een ruime uitleg van het begrip “gelegenheid geven”, en dat de verwezenlijking van de aan deze bepaling ten grondslag liggende doelstellingen ernstig zou worden bemoeilijkt wanneer de vanuit Nederland geopende mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet wel en de vanuit het buitenland geopende, mede op potentiële deelnemers in Nederland gerichte mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet niet zou kunnen worden gekwalificeerd als gelegenheid geven in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Het hof heeft verder in aanmerking genomen dat – naar (ook) in de onderhavige procedure is komen vast te staan – software is ontwikkeld die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet worden aanvaard dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. In dit verband is voldoende dat de website waarop de gelegenheid tot deelneming wordt geboden niet met gebruikmaking van de hiervóór bedoelde software de deelneming aan kansspelen onmogelijk maakt en blijkens haar inrichting mede is gericht op potentiële deelnemers in Nederland, hetgeen reeds het geval is indien Nederland is vermeld in een op de website voorkomende lijst van landen vanwaaruit aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen. Bij het voorgaande is zonder belang vanuit welk land de kansspelen worden georganiseerd, waar de kansspelovereenkomst tot stand komt en welk recht op de kansspelovereenkomst van toepassing is, aldus nog steeds het hof met verwijzing naar het vermelde arrest van de Hoge Raad.

3.5.2 Het hof heeft vervolgens in rov. 4.4 geconstateerd dat (volgens de vaststelling van de rechtbank) Nederland voorkomt in de landenlijst op de betrokken website van Ladbrokes en dat een Nederlandse ingezetene die de website van Ladbrokes bezoekt voor het deelnemen aan kansspelen dit in het algemeen doet vanaf zijn computer in Nederland en daarom aldus in Nederland kan meespelen aan de door Ladbrokes aangeboden kansspelen, waarbij de gang van zaken hierop neerkomt dat de deelnemer het deelnameformulier ontvangt op zijn eigen computer(scherm) in Nederland, dit vanuit zijn computer in Nederland verzendt naar (de server van) Ladbrokes, met zijn Nederlandse creditcard in euro's kan betalen en ten slotte gewonnen bedragen op zijn Nederlandse bankrekening kan ontvangen. Deze vaststelling betreffende de feitelijke gang van zaken, waarin ligt besloten dat Nederlandse ingezetenen via hun computer rechtstreeks in Nederland aan de kansspelen van Ladbrokes kunnen deelnemen en dat daartoe geen andere handelingen zijn vereist dan die welke op de computer kunnen worden verricht, is in hoger beroep niet bestreden, evenmin als de vaststelling dat Nederland in de bedoelde landenlijst is vermeld. Hieruit heeft het hof, gelet op het in rov. 4.3 overwogene, de conclusie getrokken dat Ladbrokes aldus, nu haar – naar vaststaat – daarvoor niet een vergunning ingevolge de Wok is verleend, artikel 1, aanhef en onder a, Wok overtreedt.

3.5.3 Onderdeel I voert (onder 1) aan dat de beslissing van het hof aldus rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is, omdat de door het hof gegeven uitleg van de Wok (en het op die uitleg gebaseerde bevel van de rechtbank) aan een ingezetene van Nederland de mogelijkheid onthoudt door middel van internet in het Verenigd Koninkrijk ter zake van een daar georganiseerd kansspel een kansspelovereenkomst aan te gaan en zulks in strijd is met art. 49 EG. Volgens het onderdeel (onder 2) dient de nationale rechter zich te onthouden van een uitleg van nationale wetgeving die met het gemeenschapsrecht (en meer in het bijzonder met art. 49 EG) in strijd is, en is dit slechts dan anders, als zulk een uitleg (absoluut) noodzakelijk is om dwingende redenen van algemeen belang. Voor het geval het hof heeft geoordeeld dat zijn (ruime) uitleg niet in strijd is met art. 49 EG, dan is (volgens onderdeel I onder 3) de beslissing van het hof niet of onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, hetgeen te meer klemmt in het licht van 35 in het onderdeel opgesomde feiten en omstandigheden.

3.5.4 Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld voorzover het erop is gericht de Hoge Raad te doen terugkomen van de uitleg van art. 1, aanhef en onder a, Wok die is aanvaard in het arrest van 18 februari 2005, en die door het hof in de onderhavige procedure is gevolgd. Er is geen grond dienaangaande thans anders te oordelen. Het onderdeel klaagt niet dat het hof, gegeven de feitelijke vaststellingen waarvan het hof had uit te gaan, niet heeft kunnen oordelen dat Ladbrokes gelegenheid geeft tot deelneming aan kansspelen als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, Wok, noch dat het oordeel van het hof dienaangaande ontoereikend is gemotiveerd. Daarbij heeft het hof onderkend dat de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet, leidt tot een beperking van het vrije dienstenverkeer die ingevolge art. 49 EG een rechtvaardiging behoeft. Het hof heeft dit echter als een afzonderlijk te beoordelen kwestie beschouwd, zoals blijkt uit de verschillende aan het slot van 3.3 hiervoor vermelde vragen. Voorzover het onderdeel klachten inhoudt dat het hof bij zijn uitleg van de Wok het bepaalde in art. 49 EG heeft miskend, missen deze klachten zelfstandige betekenis naast de klachten betreffende de beantwoording door het hof van de tweede in 3.3 bedoelde vraag. Het onderdeel faalt ten slotte ook voorzover het een beroep doet op 35 omstandigheden in het licht waarvan een en ander te meer zou klemmen, nu een toelichting waarom dat het geval zou zijn ontbreekt.

3.6.1 Het hof heeft de hiervoor in 3.3 onder 2 bedoelde vraag ontkennend beantwoord: op grond van de rov. 4.6 tot en met 4.19 oordeelde het hof dat de beperking van het vrije dienstenverkeer die voortvloeit uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden van kansspelen in Nederland via internet in het onderhavige geval niet strijdt met art. 49 EG. Het hof overwoog daartoe als volgt:

“4.6 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de beperking van het vrije dienstenverkeer die – naar tussen partijen niet in geschil is – voortvloeit uit de toepassing van (artikel 1, aanhef en sub a, van) de Wok op het aanbie-

den door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet, in het onderhavige geval strijdt met artikel 49 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 25 maart 1957 (verder: “EG” of “EG-Verdrag”).

4.7 Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat geen Europese regelgeving bestaat die de nationale wetgevingen met betrekking tot het aanbieden van kansspelen harmoniseert. Gokactiviteiten (kansspelen, loterijen en weddenschappen) via internet zijn uitdrukkelijk uitgesloten van de E-commerce Richtlijn (zie considerans 16 en artikel 1 lid 5, aanhef en onder d, van Richtlijn 2000/31/EG, Pb EG 2000, L 178/1). Binnen de grenzen van het EG-Verdrag kan elke lidstaat zelf bepalen welke regels hij stelt aan de toelaatbaarheid van het aanbieden van kansspelen. Dit betekent dat toepassing van de nationale wetgeving niet mag leiden tot ongerechtvaardigde beperkingen van het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van vrij verkeer van diensten. Daarom zal in elk geval moeten worden onderzocht of de beperking als vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok voldoet aan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (verder ook: “HvJEG”) zijn geformuleerd. In dit verband geldt allereerst dat dergelijke beperkingen hun rechtvaardiging moeten vinden in dwingende redenen van algemeen belang en dat zij geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie dienen te worden toegepast. Meer in het bijzonder geldt daarbij onder meer dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, en dat met het geschikt zijn van de beperkingen – die op dergelijke gronden en op het noodzakelijk voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd – om deze doelstellingen te verwezenlijken wordt bedoeld dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt (HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 64, 65 en 67). Voorts dienen de beperkingen in elk geval te beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit de toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn en dienen de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (zie het zojuist

genoemde arrest Gambelli, punt 62, respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15).

4.8 Op dit punt heeft Ladbrokes in hoger beroep onder meer aangevoerd dat artikel 49 EG (rechtstreeks) moet worden toegepast op de feitelijk aan Ladbrokes opgelegde beperking (te weten de verplichting om haar Engelse website te blokkeren voor Nederlandse consumenten) en dat de criteria uit het genoemde arrest Gambelli (met name punt 75) onder meer meebrengen dat bij toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn.

4.9 Het hof verwierpt dit betoog. De Nederlandse rechter is bij de beoordeling van een concreet geschil tussen partijen ingevolge artikel 25 Rv gehouden ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, hetgeen, kort samengevat, wil zeggen dat hij verplicht is zelfstandig – dus onafhankelijk van wat partijen daaromtrent hebben aangevoerd – na te gaan welke rechtsregels op de door partijen naar voren gebrachte feiten van toepassing zijn. Dit betekent voor het onderhavige geschil dat het hof gehouden is mede de regel zoals vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok – die een beperking vormt op de in artikel 49 EG vervatte vrijheid van dienstverkeer en ingevolge het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt – toe te passen en deze regel dus niet, zoals Ladbrokes – die, zo begrijpt het hof, de vermeende “handelsbarrière” uitsluitend aan artikel 49 EG wil laten toetsen – in feite wil, buiten toepassing kan laten, tenzij deze regel in strijd is met artikel 49 EG, welke vraag hierna (onder 4.13 e.v.) zal worden beantwoord.

4.10 Voor zover Ladbrokes haar overige stellingen in dit verband op het onder 4.8 bedoelde betoog – zoals hiervoor door het hof begrepen – heeft gebaseerd, stuiten deze op het voorgaande af. Waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat de rechtbank in het geheel niet heeft “overwogen of de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht” en in plaats daarvan “slechts in[gaat] op de vraag of de Wet op de Kansspelen (WoK) strookt met Europees recht” (dagvaarding in appèl onder 3.32), miskent zij dat de door de rechtbank opgelegde “handelsbarrière” is gebaseerd op (het door de Nederlandse rechter in beginsel toe te passen) artikel 1, aanhef en onder a, Wok en dat, als de in die bepaling van de Wok vervatte beperkingen op artikel 49 EG geen strijd met dat artikel opleveren, daarmee tevens vaststaat dat “de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht”. En waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat zij “de rechtbank nimmer [heeft] verzocht te verklaren dat artikel 1 WoK als zodanig strijdt met artikel 49 EG”, maar “slechts [heeft] gevraagd te beoordelen of handhaving van de aan haar opgelegde handelsbelemmering gerechtvaardigd kan worden onder artikel 49 EG” (dagvaarding in appèl onder 3.34), miskent zij dat de Nederlandse rechter zich bij de vraag,

welke bepaling(en) hij op een concreet geval dient toe te passen, niet (uitsluitend) dient te richten op wat partijen daaromtrent aanvoeren maar ingevolge artikel 25 Rv gehouden is zich daaromtrent zelfstandig een oordeel te vormen en in het onderhavige geval derhalve – nu artikel 1, aanhef en onder a, Wok blijkens het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt – in beginsel mede deze bepaling heeft toe te passen.

4.11 Voor zover het (onder 4.8 vermelde) door Ladbrokes aangevoerde zo zouden moeten worden begrepen dat zij (mede) heeft bedoeld te stellen dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil gehouden is artikel 1, aanhef en onder a, Wok, overeenkomstig het doel en de strekking ervan toe te passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, kan het hof Ladbrokes volgen in dit betoog – dat er, aldus beschouwd, op neerkomt dat de Nederlandse rechter bij het geven van een voorziening in dezen geen maatregel mag treffen die, gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel, als disproportioneel moet worden beschouwd – en zal het hof daarop hierna (bij de behandeling van de vierde grief) terugkomen.

4.12 Voor zover Ladbrokes in dit verband ten slotte toch de bedoeling heeft gehad (mede) aan te voeren – hetgeen zij onder meer lijkt te doen bij dagvaarding in appèl onder 3.57 e.v. en met name 3.74 e.v. – dat niet de concrete aan Ladbrokes opgelegde beperking (“handelsbarrière”), maar de in de nationale wetgeving van een lidstaat voorziene beperkingen rechtstreeks moeten worden getoetst aan artikel 49 EG en haar betoog “dat een nationale rechter in concreto moet kijken naar de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is” (3.57) aldus moet worden begrepen, kan het hof Ladbrokes ook in dit betoog volgen. Bij de beantwoording van de vraag of de beperking van het vrije dienstenverkeer die voortvloeit uit de toepassing van (artikel 1, aanhef en sub a, van) de Wok in het onderhavige geval strijdt met artikel 49 EG, geldt immers niet alleen als uitgangspunt dat dergelijke beperkingen hun rechtvaardiging moeten vinden in dwingende redenen van algemeen belang maar, onder meer, ook dat zij geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder mogen gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.

4.13 Met betrekking tot de vraag of de beperkingen als vervat in artikel 1, aanhef en onder a, Wok worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang – waarbij, zoals reeds overwogen, kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de bescherming van consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord – overweegt het hof dat aan die voorwaarde is voldaan. Dergelijke algemene bepalingen liggen mede aan de Wok ten grondslag, te weten het beschermen

van het publieke belang bij het inperken van fraudegevoeligheid en excessieve goklust. Bij de totstandkoming van de Wok heeft de wetgever zich ten doel gesteld de menselijke speelzucht te kanaliseren. Door onder strikte voorwaarden een beperkt legaal aanbod toe te staan, waarbij de opbrengst aan de schatkist of op de bevordering van het algemeen belang gericht particulier initiatief diende toe te komen, zou worden voorkomen dat de burger zich op buitenlandse kansspelen of het illegale aanbod zou richten. Regulering werd nodig geacht teneinde voldoende spelersbescherming te kunnen bieden en uitwassen en misstanden te voorkomen (zie bijv. de nota "Kansspelen herijkt", TK zitting 1995-1996, 24 557, nr. 2, p. 3-4, en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2). Het vergunningstelsel van de Wok is, gelet op de doelstellingen van fraudebestrijding en kanalisering van de goklust, erop gericht om het aantal aanbieders van kansspelen beperkt te houden alsmede om een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan. Daarbij zijn de vergunninghouders, zoals De Lotto, aan vele voorwaarden gebonden.

4.14 Ladbrokes heeft in dit verband aangevoerd dat aan de Wok weliswaar als doelstelling ten grondslag ligt kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, maar dat de Wok ter zake van lotto's en sportwedenschappen voornamelijk dient om de fondsenwerving veilig te stellen. Hiermee stelt Ladbrokes dat het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk afwijkt van het officiële beleid op dit punt. Het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en het (daarom) tegengaan van het wegvloeien van gelden naar buitenlandse aanbieders is volgens Ladbrokes een belangrijke pijler (en dus rechtvaardigingsgrond) van de Wok. Volgens Ladbrokes steunt de uitbreiding van het kansspel aanbod in Nederland, zowel van de landelijke monopolisten als van de private sector (de speelautomatenbranche), op die pijler en wordt deze uitbreiding niet gerechtvaardigd door het streven de goklust te beteugelen dan wel fraude te bestrijden. Volgens De Lotto is fondsenwerving echter geen pijler, maar een neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid. Het hof oordeelt dat de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (zie onder meer de openingstoespraak van de minister van Justitie voor het symposium 'De toekomst van de kansspelen', georganiseerd door het College van toezicht op de kansspelen op 24 maart 2003, p. 6-8 (productie 42 bij akte overlegging producties De Lotto in eerste aanleg), en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2 (productie 85 bij akte houdende aanvullende producties De Lotto in eerste aanleg)) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (TK zitting 2002-2003, 24036 en 24557, nr. 280 (productie 75A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto)) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd ten-

einde de kansspelen te beheersen (zie ook TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 295, p. 7, de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 10 e.v. en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (en slechts: zie p. 4) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelen-organisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. Dit effect belet, zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn (zie hiervoor, onder 4.7), echter niet dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler – en dus niet slechts een belangrijk neveneffect – daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen.

4.15 In dit verband verwerpt het hof ook de stelling van Ladbrokes dat uit het feit dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat de vergunninghouders op grote schaal reclame mogen maken voor de door hen aangeboden kansspelen, zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust zou voeren. Doorslaggevend is dat de Nederlandse overheid op het gebied van de kansspelen een restrictief beleid blijft voeren, waarbij zij een ruime beoordelingsmarge heeft in hoeverre zij kansspelen wil toestaan, en dat daarbij – zoals hierna zal worden overwogen – wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in artikel 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (het totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie wordt toegepast. Hierbij tekent het hof aan dat dit oordeel niet in strijd is met de hiervoor (onder 4.13) kort weergegeven doelstelling van de Wok, waaraan immers mede ten grondslag ligt dat door het toestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegaal aanbod gaat richten, waarmee onder meer wordt bereikt “dat de goklust [speelzucht] en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid” en “dat de risico’s van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden” (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 37 respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), en dat deze doelstelling van kanalisatie – die onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als

alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico voor het ontstaan van gokverslaving (vgl. bijvoorbeeld de tweede voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280, p. 10) – ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt (zie onder meer de hiervoor reeds genoemde nota “Kansspelen herijkt”, bijv. p. 4 (laatste alinea), de tweede voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280, p. 2 en p. 10, de eerste voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2001-2003, 24 036 en 24 557, nr. 257, p. 2, de brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 6 september 2004, TK zitting 2003-2004, 24 557, nr. 44, p. 2, het verslag van een algemeen overleg, vastgesteld op 20 oktober 2004, TK zitting 2004-2005, 27 879, nr. 10, p. 7, en de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 13-15). Ook neemt het hof hierbij in aanmerking dat de minister van Justitie in zijn brief van 23 juni 2004 (productie 78A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto) aan de landelijke vergunninghouders voor kansspelen en de VAN Speelautomaten Brancheorganisatie heeft uitgesproken dat “overdadige reclame niet [past: toev. hof] binnen het restrictieve beleid van het kabinet, zoals dat is neergelegd in de Tweede voortgangsrapportage kansspelen van 31 maart 2003 (TK 24036, nr. 280)“, dat hij hen heeft verzocht de hoeveelheid reclame-uitingen “fors” te beperken en dit restrictieve reclamebeleid vorm en inhoud te geven door middel van een gedrags- en reclamecode kansspelen van en voor alle kansspel aanbieder en dat hij voorts heeft gesteld dat de kansspelorganisaties in beginsel weliswaar zelf verantwoordelijk zijn voor de uitwerking van de code maar de overheid, indien nodig, tot regulering kan overgaan (zie ook de brief van de minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 9 (onder 4), de brief van de minister van Justitie van 3 juni 2004, TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 301, en de antwoorden van de minister op 17 juni 2004, TK zitting 2003-2004, 1862 (aanhangel) (antwoord op vraag 4)); deze reclamecode is inmiddels op 15 februari 2006 in werking getreden. Ten slotte betreft het hof hierbij de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de handhaving en het besluit van het kabinet (van 31 maart 2003) de door verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken zoveel mogelijk te concentreren bij het ministerie van Justitie (zie derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9, en de “Aanpak bestrijding van kansspelen via internet” van het Ministerie van Justitie (productie 98d De Lotto in hoger beroep)).

4.16 Met betrekking tot de vraag of het totaalverbod van (bevordering van deelname aan) kansspelen behoudens vergunning een geschikt middel is om de doelstellingen van de Wok te bereiken, oordeelt het hof dat dit het geval is. Op grond van het voorgaande kan namelijk worden geconcludeerd dat de systematiek van het totaalverbod behoudens (aan velerlei voorwaarden gebonden: zie met name conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto

onder 119 tot en met 122) vergunning daadwerkelijk eraan bijdraagt om de met de Wok beoogde doelstellingen – kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude – te bereiken, omdat deze ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen. Bij al het voorgaande moet in aanmerking worden genomen dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en middelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (zie bijvoorbeeld HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63, HvJEG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61, HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 35, HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 33, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 87).

4.17 In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbroke's – op wier weg dat zou hebben gelegen – niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn. Het toelaten van het aanbieden van kansspelen zonder vergunning – hetzij via internet, hetzij via een ander medium – zou in elk geval het beleid ondermijnen dat via een vergunningenstelsel is gericht op beheersing. De omstandigheid dat Ladbroke's een vergunning in het Verenigd Koninkrijk heeft, doet daaraan niet af, omdat daarmee het nagestreefde belang, in het bijzonder de bescherming tegen gokverslaving in Nederland, niet wordt verwezenlijkt. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de terzake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 36, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000,

157, punt 34, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 80).

4.18 In het onderhavige geval is bovendien geen sprake van discriminatie, omdat artikel 1, aanhef en onder a, Wok een ieder verbiedt om zonder vergunning gelegenheid te geven tot het deelnemen aan kansspelen. Voorts staat het ook buitenlandse bedrijven vrij een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Zo heeft Ladbrokes in het verleden een Nederlandse vergunning gehad voor het aanbieden van weddenschappen op paardenraces en heeft thans het Canadese bedrijf Autotote een Nederlandse vergunning voor diezelfde activiteiten. Ook heeft Ladbrokes met betrekking tot de op dit moment (kennelijk) bestaande beperkingen om in aanmerking te komen voor een vergunning krachtens de Wok, geen feiten gesteld waaruit kan volgen dat op enige wijze onderscheid wordt gemaakt tussen buitenlandse en Nederlandse bedrijven, anders dan waar het de plaats van vestiging betreft, waarvoor evenwel uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. In dit verband acht het hof bovendien van belang dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap blijkt dat de omstandigheid dat een nationale overheid aan één organisatie een vergunning verleent om bepaalde kansspelen te organiseren niet kan worden aangemerkt als een discriminatoire beperking en ook overigens niet in de weg staat aan de rechtvaardiging van de restrictieve kansspelwetgeving van de betrokken lidstaat (vgl. bijv. HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 28, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), dat Ladbrokes – naar onweersproken vaststaat – bij gelegenheid van verlenging van de aan De Lotto verleende vergunning geen pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen en dat zij geen rechtsmiddel heeft ingesteld tegen het besluit tot verlenging van die vergunning.

4.19 Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. Het hof tekent hierbij voor de goede orde nog aan dat voor zover Ladbrokes bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof (zie pleitnota Ladbrokes in hoger beroep van mr. Meulenbelt onder 17 e.v.) voor haar stellingen mede een beroep heeft gedaan op (met name de punten 111 respectievelijk 128 tot en met 130 uit) de conclusie van Advocaat-Generaal Colomer van 16 mei 2006 in de bij het HvJEG aanhangige zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), uit het hiervoor (op deze punten met name in de rov. 4.14 en 4.15 respectievelijk 4.16 en 4.17) overwogene volgt dat het hof deze stellingen verwierpt.”

3.6.2 De hiertegen gerichte onderdelen van het middel stellen in enkele opzichten vragen van uitleg van het gemeenschapsrecht aan de orde die zich ertoe lenen op de voet van art. 234 EG aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te worden voorgelegd. Daarbij gaat het ten dele om kwesties waarvan niet kan worden gezegd dat zij eerder voorwerp zijn geweest van prejudiciële vraagstelling of dat uit eerdere arresten van het Hof van Justitie buiten gerede twijfel kan worden afgeleid hoe het gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd. Voorts is van belang dat uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6 blijkt dat verschillende rechters in andere lidstaten aanleiding hebben gezien tot het stellen van prejudiciële vragen, en dat inmiddels de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak die in de conclusie onder 2.10 is vermeld (uitspraak van 14 mei 2008, nr. 200700622/1, LJN BD 1483). Ten slotte is van belang dat uit de in de conclusie onder 2.17 vermelde gegevens blijkt dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de Europese Commissie tegen Nederland en andere lidstaten een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig zal maken, waarin ten dele dezelfde vragen zullen kunnen rijzen als die in de onderhavige procedure moeten worden beantwoord. Op grond van dit een en ander komt het wenselijk voor dat de aan het Hof van Justitie te stellen prejudiciële vragen het Hof in staat stellen tot een beantwoording in samenhang met de door andere rechters van de lidstaten gestelde vragen en, eventueel, in samenhang met een of meer inbreukprocedures.

3.6.3 Voorts wordt ter toelichting van de te stellen prejudiciële vragen nog het volgende overwogen.

3.6.4 Wat de eerste hierna te vermelden vraag betreft, wordt opgemerkt dat de Hoge Raad in het genoemde kort geding geen aanleiding heeft gezien tot het stellen van prejudiciële vragen en dat in het inmiddels gewezen arrest van het HvJEG van 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de beantwoording van de vraag, en wel in deze zin dat het restrictieve kansspelbeleid zoals dit in Nederland wordt gevoerd ook thans nog een voldoende rechtvaardiging oplevert voor de beperking van het vrije dienstenverkeer. De Hoge Raad acht het niettemin nodig die vraag te stellen, omdat niet kan worden gezegd dat redelijke twijfel over het antwoord op die vraag niet mogelijk is.

3.6.5 Wat de tweede te stellen vraag betreft, wordt het volgende opgemerkt. In het cassatiemiddel wordt bij herhaling – met een beroep op punt 75 van het arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031 – aangevoerd dat bij de beantwoording van de vraag of de toepassing van de nationale wetgeving (hier art. 1, aanhef en onder a, Wok) tot ongerechtvaardigde beperkingen van het vrij verkeer van diensten leidt, de nationale autoriteiten (in dit geval: het hof) niet alleen behoren te onderzoeken of de beperking van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel en zonder discriminatie wordt toegepast, maar ook behoren te onderzoeken of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde

doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn. Volgens de stellingen van Ladbrokes leidt deze zogenoemde derde Gambellitoets onder meer ertoe dat de nationale rechter (die van oordeel is dat de nationale regeling van het kansspelbeleid met art. 49 EG verenigbaar is omdat het aan de andere blijktens het Gambelliarrest te stellen eisen voldoet) mede moet beoordelen of de wijze waarop de nationale wetgeving (hier: het bepaalde in art. 1, aanhef en onder a, Wok) in het concrete geval wordt toegepast respectievelijk de getroffen maatregel (hier: het door middel van daarvoor beschikbare software ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk voor Nederlandse ingezetenen) in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoordt aan de doelstellingen die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van die nationale regeling, en of die toepassing of die maatregel gelet op die doelstelling niet onevenredig is. Aldus zou de nationale rechter onder meer in ieder concreet geval moeten onderzoeken of een op zichzelf door de nationale regeling gerechtvaardigde maatregel in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk bijdraagt aan fraudebestrijding, het tegengaan van gokverslaving of het kanaliseren van de speelzucht door een aantrekkelijk legaal aanbod van kansspelen te stellen tegenover illegaal aanbod. In dit verband voert Ladbrokes tevens aan dat de – in de hierna te vermelden derde vraag aan de orde gestelde – omstandigheid dat haar in het Verenigd Koninkrijk een vergunning is verleend en de daaraan te ontleen waarborgen, bij de bedoelde toetsing in concreto betrokken zouden moeten worden. Bij deze tweede vraag zal tevens worden gevraagd of het verschil maakt of de nationale rechter de betrokken maatregel treft in het kader van handhaving van het kansspelbeleid door de overheid dan wel, zoals in de onderhavige procedure, in het kader van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een met de vereiste vergunning handelende organisator van kansspelen.

3.6.6 Wat de derde vraag betreft, wordt opgemerkt dat deze overeenstemt met de (eerste) vraag die in een andere context door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 14 mei 2008 is gesteld.

4. Omschrijving van de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 en 3.5.2 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan.

5. Vragen van uitleg

1. Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de met de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstellingen, te weten de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, worden bereikt doordat dankzij het gereguleerde aanbod van kansspelen het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan zonder het nationale stelsel van regulering het geval zou zijn, aan de in de

rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder in het arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, geformuleerde voorwaarde dat het de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt, óók als aan de vergunninghouder(s) is toegestaan zijn (hun) kansspel-aanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren, zijn (hun) kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen en aldus (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden (vergelijk HvJEG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 55, slot)?

- 2a. Dient de nationale rechter, aangenomen dat een nationale regeling van het kansspelbeleid met art. 49 EG verenigbaar is, bij de toepassing daarvan in een concreet geval telkens te onderzoeken of de te treffen maatregel, zoals een gebod tot het door middel van daarvoor beschikbare software ontoegankelijk maken van een website voor deelname aan de daarop aangeboden kansspelen door ingezetenen van de betrokken lidstaat, in de concrete omstandigheden van het geval als zodanig en op zichzelf voldoet aan de voorwaarde dat hij daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling en toepassing daarvan voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van diensten, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig is?
- 2b. Maakt het bij de beantwoording van vraag 2a verschil of de te treffen maatregel niet wordt gevorderd en opgelegd in het kader van de handhaving van de nationale regeling door de overheid, maar in het kader van een civiele procedure waarin een met de vereiste vergunning handelende organisator van kansspelen het treffen van de maatregel vordert op de grondslag van een naar burgerlijk recht jegens haar gepleegde onrechtmatige daad, hierin bestaande dat de wederpartij de betrokken nationale regeling overtreedt en zich aldus een oneerlijke voorsprong op de met de vereiste vergunning handelende partij verwerft?
3. Dient art. 49 EG aldus te worden uitgelegd dat de toepassing van dit artikel tot gevolg heeft dat de bevoegde autoriteit van een lidstaat niet, op grond van het in die lidstaat geldende gesloten vergunningstelsel voor het aanbieden van diensten inzake kansspelen, kan verbieden dat een dienstaanbieder aan wie reeds een vergunning is verleend in een andere lidstaat voor het verrichten van die diensten via internet, deze diensten via internet ook aanbiedt in eerstgenoemde lidstaat?

6. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren E.J. Numann, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 13 juni 2008.

CONCLUSIE

C07/035HR
mr. Keus
Zitting 4 april 2008

Conclusie inzake:

1. de vennootschap naar buitenlands recht Ladbrokes Betting & Gaming Ltd., voorheen geheten Ladbrokes Ltd.¹
2. de vennootschap naar buitenlands recht Ladbrokes International Ltd.
(hierna gezamenlijk: Ladbrokes)
eiseressen tot cassatie

tegen

de stichting Stichting De Nationale Sporttotalisator
(hierna: de Lotto)
verweerster in cassatie

In deze zaak stelt de Lotto zich op het standpunt dat Ladbrokes onrechtmatig jegens haar handelt door in strijd met de Wet op de kansspelen (hierna: de Wok) in Nederland kansspelen te organiseren, dan wel de deelname daaraan te bevorderen, zonder dat zij over een Nederlandse vergunning beschikt. De vorderingen van de Lotto zijn erop gericht dat Ladbrokes de door haar op bevel van de kortgedingrechter (zie HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM) reeds getroffen maatregelen tot het blokkeren van haar website voor deelname aan de door haar aangeboden kansspelen door Nederlandse spelers en tot het opheffen van een 0800-telefoonnummer handhaaft. In cassatie spitst het debat zich toe op de vraag of (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok c.q. de door de Lotto gevorderde voorziening in strijd is met het gemeenschapsrecht, en meer in het bijzonder met art. 49 EG.

1. Zie rov. 2.4, slot, van het bestreden arrest, waaruit blijkt dat de naam Ladbrokes Ltd. per 23 februari 2006 in Ladbrokes Betting & Gaming Ltd. is gewijzigd.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.²

1.2 Er is geen Europese regelgeving die de nationale wetgevingen van de lidstaten met betrekking tot het aanbieden van kansspelen harmoniseert.³ Gokactiviteiten (kansspelen, loterijen en weddenschappen) via het internet zijn uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de Richtlijn inzake elektronische handel.⁴ Art. 1 lid 5 sub d van die richtlijn bepaalt dat zij niet geldt voor gokactiviteiten waarbij een geldbedrag wordt ingezet, zoals loterijen en weddenschappen.

In beginsel kan elke lidstaat zelf bepalen welke grenzen hij aan de toelaatbaarheid van het aanbieden van kansspelen stelt. In Nederland is dat gebeurd in de Wok.⁵ De toepassing van de nationale wetgeving, zoals de Wok, mag echter niet leiden tot ongerechtvaardigde beperkingen van het in art. 49 EG neergelegde beginsel van een vrij verkeer van diensten.⁶

Volgens art. 49 lid 1 EG zijn beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Het organiseren van een kansspel dient te worden beschouwd als een “dienst” in de zin van art. 49 EG.⁷ Voorts staat vast dat een regel als die van art. 1, aanhef en onder a, Wok een beperking inhoudt van het in art. 49 EG neergelegde beginsel van een vrij verkeer van diensten.⁸

1.3 Op grond van art. 1, aanhef en onder a, Wok is het (behoudens het in titel Va van die wet bepaalde ten aanzien van speelautomaten) verboden gelegenheid te geven om mede te dingen naar prijzen of premies, indien de aanwijzing van de winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen, tenzij daarvoor ingevolge de Wok vergunning is verleend. Art. 1, aanhef en onder b, Wok verbiedt de deelne-

2. Zie de rov. 2.1-2.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004, NJ 2004, 419, waartegen in hoger beroep geen grieven zijn gericht, behalve voor zover het een kleine, door de Lotto niet weersproken correctie in rov. 2.2 van dat vonnis betreft (zie rov. 3.1 van het bestreden arrest). Vgl. ook rov. 3.2 van het bestreden arrest.

3. Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 11 (onder 6.1).

4. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn inzake elektronische handel”), Pb EG 2000, L 178, p. 1-16.

5. Wet van 10 december 1964, Stb. 1964, 483 (nadien gewijzigd). Zie inmiddels ook het op 1 april 2008 door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel 30 362 betreffende wijziging van de Wet op de kansspelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet, waarover onder meer M. de Koning, Eindelijk legaal gokken via internet in Nederland?, JutD 2005/18, p. 15-17.

6. Vgl. rov. 4.14 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004; rov. 4.7 van het bestreden arrest.

7. Aldus reeds HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 25. Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 11 (onder 6.2.1).

8. Zie rov. 4.17 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004 en rov. 4.9 van het bestreden arrest.

ming hetzij aan een onder a bedoelde gelegenheid, gegeven zonder vergunning ingevolge die wet, hetzij aan een overeenkomstige gelegenheid, gegeven buiten het Rijk in Europa, te bevorderen of daartoe voor openbaarmaking of verspreiding bestemde stukken in voorraad te hebben.

Voor een gelegenheid in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok kan (in beginsel) vergunning worden verleend, indien deze gelegenheid wordt opengesteld uitsluitend ten einde met de opbrengst daarvan enig algemeen belang te dienen (art. 3 lid 1 Wok). Met het oog op de belangen van instellingen werkzaam ten algemene nutte, in het bijzonder op het gebied van sport en lichamelijke vorming, van de cultuur, het maatschappelijk welzijn en de volksgezondheid, kan op grond van de Wok aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid vergunning worden verleend tot het organiseren van sportprijsvragen (art. 16 lid 1 Wok). Een éénvergunningstelsel geldt ook voor het organiseren van een totalisator, dat wil zeggen een gelegenheid, opengesteld om op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen te wedden, met dien verstande dat het totaal van de inleg, behoudens bij of krachtens de wet toegestane aftrek, zal worden verdeeld onder degenen die op de winnaar of op een van de prijswinnaars hebben gewed (art. 24 Wok).

1.4 De Lotto is een stichting die als doelstelling heeft gelden te verwerven door het organiseren van kansspelen, in overeenstemming met haar vergunningen en wettelijke regels, en het verdelen van deze gelden naar instellingen van algemeen belang. Aan de Lotto zijn door de Ministers van Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport als enige in Nederland vergunningen verleend voor het organiseren van lotto's, sportprijsvragen en instantloterijen.⁹

1.5 Ladbrokes is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich bezig met het organiseren van sportieve weddenschappen en is met name bekend door haar activiteiten op het gebied van "bookmaking", dat wil zeggen het afsluiten van weddenschappen door middel van "noteringen". "Bookmaking" wordt vooral toegepast bij sportwedstrijden. Op de website www.ladbrokes.com biedt Ladbrokes een aantal, hoofdzakelijk sportgerelateerde, kansspelen aan. Verder biedt Ladbrokes de mogelijkheid via een telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen.

1.6 Tussen partijen is niet in geschil dat de spelen die Ladbrokes op haar website aanbiedt kansspelen als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, Wok zijn, en dat Ladbrokes geen vergunning ingevolge de Wok voor het gelegenheid geven tot deelname aan deze kansspelen heeft.¹⁰

Partijen zijn het erover eens dat het aanbieden van kansspelen op de website van Ladbrokes een dienst is in de zin van art. 49 EG-Verdrag.¹¹ Verder zijn partijen

9. Zie voor de instantloterij de art. 14a-14e Wok.

10. Zie rov. 4.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

11. Zie rov. 4.15 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

het erover eens dat art. 1, aanhef en onder a, Wok althans in die zin niet discriminatoir is, dat ook buitenlandse (rechts-)personen voor een vergunning op grond van die wet in aanmerking komen.¹²

1.7 Op vordering van de Lotto heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem bij vonnis in kort geding van 27 januari 2003¹³ Ladbrokes gelast, kort gezegd, het voor Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan de door haar op internet aangeboden lotto's, instantloterijen en sportwedstrijden. Daarnaast is het Ladbrokes verboden kansspelen aan te bieden op een Nederlandse website, in het bijzonder op www.ladbrokes.nl.

Dat vonnis is in een door de Lotto aanhangig gemaakt spoedappel door het hof Arnhem bij arrest van 2 september 2003¹⁴ (grotendeels) bekrachtigd. Het hof heeft het gebod aan Ladbrokes nog uitgebreid ten aanzien van het door Ladbrokes gebruikte 0800-nummer, een gratis Nederlands telefoonnummer dat vanuit Nederland kan worden gebeld, en ten aanzien van andere media dan telefoon of internet.

1.8 Ladbrokes heeft uitvoering gegeven aan de haar opgelegde geboden door, met behulp van software, de toegang tot haar website voor Nederlandse gebruikers zoveel mogelijk te blokkeren en door het 0800-nummer af te sluiten voor personen die vanuit Nederland bellen.¹⁵

1.9 Op 28 oktober 2003 heeft Ladbrokes beroep in cassatie van het arrest van het hof Arnhem van 2 september 2003 ingesteld. Bij arrest van 18 februari 2005 heeft de Hoge Raad het beroep verworpen en onder meer geoordeeld dat de aan de Wok ten grondslag liggende doelstellingen, te weten het beschermen van het publieke belang bij het inperken van fraudegevoeligheid en excessieve goklust, dwingende redenen van algemeen belang opleveren die de beperking van het vrij verkeer van diensten die het vergunningstelsel van de Wok met zich brengt, rechtvaardigen. Art. 1, aanhef en onder a, Wok is niet met art. 49 EG in strijd geacht, nu de hieruit voortvloeiende beperkingen niet discrimineren, daadwerkelijk beantwoorden aan de ter rechtvaardiging genoemde doelstellingen en niet onevenredig zijn.¹⁶

1.10 Bij exploit van 21 februari 2003 heeft de Lotto Ladbrokes in een bodemprocedure voor de rechtbank Arnhem doen dagvaarden.

12. Zie rov. 4.21 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004; zie overigens de bespreking van subonderdeel 19.6 onder 3.39-3.41.

13. LJN AF3374; KG 2003, 53; IER 2003/3, p. 184-188, m.nt. JK.

14. LJN AJ9996; NJF 2003, 60; IER 2003/6, p. 381-384.

15. Zie rov. 2.5 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004.

16. HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, waarover o.a.: M.C. Polfliet & R. Maathuis, De Wet op de kansspelen; een toegestane beperking op de vrijheid van dienstenverkeer en vestiging? HR 18 februari 2005, RvdW 2005, 34 (Ladbrokes Ltd.), Bb 2005/9, p. 97-100; M. de Koning, Gokken op buitenlandse illegale goksites aan banden gelegd ..., JutD 2005/8, p. 10-13.

Na eiswijziging heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gebiedt het aan Nederlandse ingezetenen onmogelijk te maken deel te nemen aan kansspelen via internet, telefoon of anderszins, voor zover deze kansspelen zonder vergunning worden aangeboden door (een met) Ladbrokes (verbonden tussenpersoon). Verder heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes verbiedt enige van haar kansspelen aan te bieden via een website met een Nederlands adres, waaronder www.ladbrokes.nl. Subsidiair heeft de Lotto gevorderd dat de rechtbank Ladbrokes gelast de bevordering van deelname aan kansspelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, voor zover deze kansspelen door (een met) Ladbrokes (verbonden (rechts)persoon) worden aangeboden. Dit alles is door de Lotto gevorderd op straffe van verbeurte van een dwangsom.

De Lotto heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Ladbrokes jegens haar onrechtmatig handelt door in strijd met de Wok in Nederland kansspelen te organiseren dan wel deelname daaraan te bevorderen, zonder dat Ladbrokes over een Nederlandse vergunning beschikt. Volgens de Lotto geeft Ladbrokes door het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen en andere kansspelen, mede aan deelnemers in Nederland, hier te lande gelegenheid mee te dingen naar prijzen, en handelt zij, nu zij geen vergunning heeft voor het organiseren van die kansspelen in Nederland, in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok, subsidiair met art. 1, aanhef en onder b, Wok. Voorts heeft de Lotto aangevoerd dat zij zich bij het organiseren en aanbieden van sportprijsvragen, lotto's en instantloterijen dient te houden aan vele voorschriften, vervat in de Wok en daarop gebaseerde regelgeving en vergunningen, dat zij slechts die spelen mag aanbieden die vallen onder de aan haar verstrekte vergunningen en dit slechts mag doen volgens de daarin genoemde voorschriften, en dat Ladbrokes, door in strijd met de Wok kansspelen te organiseren en aan te bieden, jegens de Lotto onrechtmatig handelt, mede omdat zij zich aldus een oneerlijke en onrechtmatige voorsprong verschaft op haar concurrente de Lotto, waarbij van belang is dat de strenge Nederlandse voorschriften in sterke mate verschillen van de minimale Engelse (Britse) voorschriften waaraan Ladbrokes is onderworpen.¹⁷

Ladbrokes heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft onder meer gesteld dat art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd is met art. 49 EG, omdat het leidt tot een verboden beperking van het vrij verkeer van diensten.¹⁸

1.11 Bij tussenvonnis van 2 juni 2004 heeft de rechtbank, onder verwijzing naar rov. 4.3 van het in kort geding gewezen arrest van het hof Arnhem van 2 september 2003, in de eerste plaats geoordeeld dat Ladbrokes door aanbidding van de door haar aangeboden kansspelen op haar website www.ladbrokes.com in Nederland gelegenheid geeft tot deelname aan kansspelen, zonder dat zij daarvoor over een vergunning op grond van de Wok beschikt (rov. 4.6-4.9), en dat zij om die reden in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok handelt (rov. 4.10).

17. Vgl. rov. 4.2 (alsmede de rov. 4.23 e.v.) van het bestreden arrest.

18. Zie rov. 4.11 van het vonnis van de rechtbank Arnhem van 2 juni 2004. Vgl. rov. 4.6 e.v. van het bestreden arrest.

Vervolgens heeft de rechtbank onderzocht of art. 1, aanhef en onder a, Wok met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.13 e.v.). De rechtbank heeft geoordeeld dat de bepaling, die verbiedt dat Ladbrokes kansspelen via haar website aanbiedt, een beperking vormt van het vrij verrichten van diensten als bedoeld in art. 49 EG (rov. 4.17), en dat moet worden onderzocht of deze beperking wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals die in de (door de rechtbank in rov. 4.18 besproken) rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) zijn geformuleerd (rov. 4.18 e.v.).

Naar het oordeel van de rechtbank sporen de uitgangspunten van de Wok en het daarop gebaseerde overheidsbeleid met de volgens de rechtspraak van het HvJ EG toelaatbare beperkingen op het vrij verrichten van diensten (rov. 4.19). Zie rov. 4.20:

“Het Nederlands wettelijke stelsel wordt daardoor gekenmerkt dat er een beperkt aantal vergunninghouders is aan wie het is toegestaan gelegenheid te bieden deel te nemen aan kansspelen, dat deze vergunninghouders zijn gebonden aan regels omtrent onder meer de vorm van de kansspelen, de frequentie en de inleg en omtrent de besteding van de opbrengsten van de kansspelen. Een dergelijk selectief vergunningstelsel is in het algemeen geschikt om de bovengenoemde doelstellingen van consumentenbescherming, fraudebestrijding en beteugeling van de goklust te realiseren. Zo’n stelsel zal, indien op samenhangende en stelselmatige wijze uitgevoerd, ertoe leiden dat de gelegenheden om te spelen echt verminderen. Naar het oordeel van de rechtbank wil dit laatste zeggen dat de gelegenheden om te spelen tengevolge van het restrictieve beleid relevant minder zijn dan zonder het restrictieve beleid. Met andere woorden: het beleid hoeft er niet op gericht te zijn dat het deelnemen aan kansspelen geheel wordt afgebouwd.”

1.12 De rechtbank heeft vervolgens gereleveerd dat Ladbrokes op een aantal aspecten heeft gewezen die volgens haar meebrengen dat het Nederlandse kansspelbeleid niet voldoet aan de (door het HvJ EG in het arrest Gambelli gestelde)¹⁹ eis dat de deelname aan kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze wordt beperkt (rov. 4.22 e.v.).

Zo heeft Ladbrokes erop gewezen dat het de vergunninghouders wordt toegestaan op grote schaal reclame te maken voor de door hen aangeboden kansspelen, dat zij direct mail versturen waarin wordt opgeroepen aan kansspelen deel te nemen, dat zij meewerken aan TV-programma's die tot effect hebben dat kijkers worden aangespoord aan kansspelen deel te nemen en dat zij belangrijke evenementen

19. Zie HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 67: “Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkomen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt.”

sponsoren (rov. 4.23). Voorts heeft Ladbrokes aangevoerd dat uit de jaarverslagen van de Lotto en Holland Casino blijkt dat zij als belangrijkste doelstellingen vergroting van het marktaandeel en omzetmaximalisatie hebben (rov. 4.24),²⁰ en dat het beleid van de Nederlandse overheid voor het belangrijkste deel wordt ingegeven door de wens voldoende inkomsten te genereren voor de goede doelen, waarvoor de kansspelen worden georganiseerd (rov. 4.25). Daarnaast heeft Ladbrokes gesteld dat de kansspelen die zij aanbiedt zijn te beschouwen als “long odd” kansspelen – dat wil zeggen dat er een lange(re) periode is gelegen tussen de inleg en het resultaat en de mogelijkheid opnieuw in te leggen –, waarbij het risico van gokverslaving gering is. Voorts heeft Ladbrokes opgemerkt dat zij in Engeland aan toezicht door de overheid is onderworpen (rov. 4.26).

Volgens Ladbrokes brengt het een en ander met zich dat beperkingen in het Nederlandse kansspelbeleid van het vrij verrichten van diensten in het kader van consumentenbescherming, fraudebescherming en beteugeling van de goklust, in dit geval geen dwingende reden van algemeen belang vormen en niet noodzakelijk zijn (rov. 4.26).²¹

1.13 Bij de beoordeling van dit betoog van Ladbrokes heeft de rechtbank (in rov. 4.30) voorop gesteld dat:

“(...) zij de beoordelingsvrijheid van de overheid bij de formulering van de regelgeving en het beleid met betrekking tot kansspelen dient te respecteren. Zij dient echter wel na te gaan of de uit de regelgeving en het beleid voortvloeiende beperkingen van het vrij verrichten van diensten daadwerkelijk bijdragen aan het beteugelen van de deelneming aan kansspelen. Het gaat niet alleen om de woorden, maar ook om de daden (zie met name Gambelli, punt 75 (...)).

4.31 De rechtbank stelt zich voor dat in het overheidsbeleid past dat de vergunninghouders zich ervan bewust zijn dat hun activiteiten erop gericht dienen te zijn dat de goklust van Nederlanders echt vermindert. Zoals de rechtbank in rechtsoverweging 4.20 heeft overwogen, dient “echt verminderen” (punt 62, Gambelli) aldus te worden uitgelegd, dat de gelegenheden om te spelen tengevolge van het restrictieve beleid relevant minder zijn dan zonder het restrictieve beleid en dat het beleid er niet op gericht behoeft te zijn dat het deelnemen aan kansspelen geheel wordt afgebouwd.”

20. In het verlengde hiervan heeft Ladbrokes erop gewezen dat het de vergunninghouders is toegestaan aanzienlijk meer kansspelen aan te bieden en ook de frequentie relevant op te voeren. Onlangs is ook het verbod om gratis kansspelen aan te bieden vervallen. Sinds kort wordt het onder meer ook de Lotto toegestaan om op internet gelegenheid te bieden deel te nemen aan kansspelen, aldus nog steeds Ladbrokes (zie rov. 4.24 van het vonnis).

21. In dit verband heeft Ladbrokes ook nog gesteld dat haar website, voordat zij deze voor inwoners van Nederland blokkeerde, weinig door inwoners van Nederland werd bezocht (rov. 4.27), dat de Lotto geen beleid heeft ter zake van het tegengaan van gokverslaving (rov. 4.28) en dat een gebod haar website voor Nederlandse ingezetenen af te schermen in het licht van de door de Nederlandse overheid te bereiken beleidsdoeleinden disproportioneel is (rov. 4.29).

Volgens de rechtbank is in de overgelegde jaarverslagen van 2001 en 2002 van de Lotto en Holland Casino van dat bewustzijn “geen spoor te vinden”. Zie rov. 4.32:

“(…) Het “Missie-statement” van het jaarverslag 2001 van de Lotto is: “De Lotto heeft als opdracht om op lange termijn te zorgen voor een maximale jaarlijkse afdracht aan NOC*NSF voor de ontwikkeling van top- en breedtesport in Nederland en aan goede doelen op het gebied van cultuur, maatschappelijk welzijn en volksgezondheid.” Dit missie-statement, dat overigens niet is teruggekeerd in het jaarverslag 2002, is in strijd met de door het HvJ EG gegeven regels, die meebrengen dat de opbrengst voor goede doelen niet de daadwerkelijke rechtvaardigingsgrond voor de beperkingen mag zijn, maar hooguit een gunstig neveneffect. De overgelegde jaarverslagen ademen sterk de sfeer van twee gewone bedrijven in een gewone markt die beide streven naar omzetmaximalisatie en marktaandeelvergroting. In het verslag van het bestuur van de Lotto over 2001 staat zelfs met zoveel woorden dat omzetgroei in 2001 de hoogste prioriteit kreeg. Ook deze opmerking is overigens niet teruggekeerd in het jaarverslag 2002. Wel vermeldt het jaarverslag 2002 dat de twee belangrijkste pijlers van de strategie van de Lotto “aanwezigheid” en “toegankelijkheid” zijn, één van de vele opmerkingen in de jaarverslagen, waaruit duidelijk blijkt dat de Lotto in de eerste plaats inzet op omzetgroei. Dat geldt ook voor een opmerking uit hetzelfde jaarverslag dat zij met aanpassingen van de krasloterij “nieuwe doelgroepen” aanboort. Opmerkingen over beteugeling van de goklust en bescherming van de consument zijn in de jaarverslagen niet te vinden, uitgezonderd de opmerkingen in de jaarverslagen van Holland Casino over het preventiebeleid gokverslaving jongvolwassenen.

4.33 Uit het jaarverslag 2002 van het College (p. 28) blijkt dat de spelopbrengst van de gezamenlijke vergunninghouders over 1997 tot en met 2002 gemiddeld met meer dan 10% jaarlijks is gegroeid. Uit de jaarverslagen 2001 en 2002 van het College volgt dat de omzetgroei over die jaren vooral is veroorzaakt door verhoging van de maximuminleg en toevoeging aan de verschillende loterijen van een jackpotverdubbelaar, en in mindere mate aan de introductie van nieuwe spelvormen en verhoging van de frequentie. Het groeicijfer laat zich – in ieder geval zonder nadere verklaring – niet rijmen met een restrictief beleid ten aanzien van kansspelen, zeker niet over de jaren 2000, 2001 en 2002, waarin de Nederlandse economie nauwelijks groeide.”

Dit alles geeft volgens de rechtbank het beeld (rov. 4.34)

“(…) dat de markt voor kansspelen de laatste tijd sterk is gegroeid, vooral door een bewuste inzet op omzetgroei door de vergunninghouders. Uit de eerder genoemde publicatie van Van ‘t Veer blijkt voorts dat de overheid hierin onduidelijk heeft geopereerd. Het kansspelbeleid lijkt tweeslachtig en vooral gericht op fondsenwerving (Van ‘t Veer, a.w., p. 300 e.v.). Het College stelt in zijn jaarverslag 2001 het navolgende: “De regelgeving is verouderd, het beleid is

onduidelijk en het toezicht is door het ontbreken van een bestendige bestuurlijke gedragslijn bij de vergunningverlenende departementen niet effectief” (p. 26). Ook die opmerking wijst voorshands niet in de richting van een samenhangend en stelselmatig beleid gericht op het echt verminderen van de mogelijkheid deel te nemen aan kansspelen. Daarbij komt dat het ook in de laatste jaren de vergunninghouders is toegestaan door uitbreiding van de spel-mogelijkheden hun omzet aanzienlijk te vergroten.

4.35 De rechtbank stelt zich verder voor dat in een restrictief overheidsbeleid past dat de vergunninghouders op matige wijze reclame maken voor hun kansspelen, gericht op het doel dat degenen die al gokken, niet worden aangespoord nog meer te gokken en degenen die geen behoefte hebben te gokken zo min mogelijk in de verleiding worden gebracht, de stap naar de kansspelen te zetten. Artikel 8b lid 1 Beschikking Sporttotalisator (de vergunning van de Lotto) bepaalt hierover: “De stichting draagt er zorg voor dat aan wervings- en reclameactiviteiten op zorgvuldige en evenwichtige wijze vorm wordt gegeven, waarbij in het bijzonder wordt gewaakt tegen het aanzetten tot onmatige deelneming aan de krachtens deze beschikking georganiseerd kansspelen”.

4.36 Iedere Nederlander kan echter ervaren dat de vergunninghouders met hun marketingactiviteiten alomtegenwoordig zijn in de Nederlandse samenleving. Rondom de trekkingen van de verschillende loterijen worden wekelijks wervende shows op TV of de radio georganiseerd. De vergunninghouders besteden veel geld aan TV-reclame: de kansspelmarkt is de zevende qua besteding. De Lotto maakt in haar jaarverslag 2001 trots melding van het feit dat zij met haar reclamecampagne rondom de invoering van de jackpot allerlei prijzen heeft gewonnen. Ook via de post, internet en de krant wordt reclame – ongevraagd – toegezonden. Daarin worden ook gratis loten aangeboden, ook krasloten, die door hun short odd karakter een kans op verslaving hebben. Op de website van de Lotto dwarrelen permanent eurobiljetten over het beeldscherm. Er reizen rijdende reclamekaravanen door het land, met bekende Nederlanders als “ambassadeurs” voor de loterijen. De gekozen formuleringen in de reclame-uitingen lijken niet te getuigen van zorgvuldigheid en evenwichtigheid, maar komen eerder opdringerig en geëxalteerd over. Door via direct mail ongevraagd gratis loten in de lotto aan te bieden en daarbij prijzen in het vooruitzicht te stellen van enkele miljoenen euro’s en voorts een “niet-goed-geld-teruggarantie” te geven voor het geval een nieuwe abonnee binnen een jaar geen prijs heeft gewonnen, schaaft de Lotto de drempel om aan kansspelen deel te nemen, ook voor de Nederlanders die uit zich zelf niet op het idee komen te gaan gokken, geheel weg. De marketingstrategie van Holland Casino is erop gericht dat een bezoek aan een casino een gewoon gezinsuitje wordt. Zonder nadere verklaring ziet de rechtbank niet in dat deze marketing-activiteiten en strategieën passen in een overheidsbeleid, dat erop is gericht de mogelijkheid tot deelname aan kansspelen echt te verminderen.

4.37 Het door de Lotto aangevoerde argument dat de vergunninghouders hun marketingactiviteiten moeten opvoeren om deelnemers aan illegale kansspelen naar de legale kansspelen te lokken, kan naar het oordeel van de rechtbank niet als volledige rechtvaardiging gelden. Blijkens het rapport “Verkeerd gokken” van de commissie Herstel van 31 januari 2001 mag de overheid er met betrekking tot het kansspelbeleid niet uitsluitend op vertrouwen dat een vergroting van het legale aanbod van kansspelen de wind uit de zeilen van het illegale aanbod zal nemen. Daarvoor is ook een effectieve handhavingsstrategie nodig (jaarverslag 2001 van het College, p. 19). Deze opvatting is onlangs onderschreven door de Minister van Justitie in zijn antwoord van 7 juli 2003 op door Tweede-Kamerleden gestelde vragen (Bijl. TK 24 036 en 24 557 (2002-2003) nr. 288, p. 8).”

1.14 Op grond van deze overwegingen heeft de rechtbank in rov. 4.38 (voorlopig) geoordeeld “(...) dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals het in concreto wordt uitgevoerd, ook bij inachtneming van de aan de overheid toekomende beoordelingsvrijheid onvoldoende restrictief is om te rechtvaardigen dat aanbieders van buitenlandse kansspelen wordt verboden op de voet van artikel 49 EG-verdrag hun diensten in Nederland te verrichten. (...)”

De rechtbank heeft echter te kennen gegeven behoefte te hebben aan een reactie van de minister van Justitie, als vergunningverlenende instantie en verantwoordelijke bewindsman voor het kansspelbeleid, op deze voorlopige conclusies over de omzettingontwikkelingen en de marketingbudgetten in de kansspelmarkt. Een beslissing van de rechtbank dat het Ladbrokes niet kan worden verboden haar kansspelen – via internet – in Nederland aan te bieden, zal vergaande consequenties hebben voor de Nederlandse kansspelmarkt. Daarom wenst de rechtbank van de minister te vernemen of in weerwil van haar bedenkingen niet toch van samenhangende en stelselmatige beperkingen van het vrij verrichten van diensten kan worden gesproken.

De rechtbank heeft de Lotto uitgenodigd te bewerkstelligen dat de minister een reactie geeft (rov. 4.38-4.39).

1.15 Onder aanhouding van iedere verdere beslissing heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 2 juni 2004 de zaak verwezen naar de rol, teneinde de Lotto in de gelegenheid te stellen in een conclusie na tussenvonnis de (in de rov. 4.30-4.39 verzochte) inlichtingen te verstrekken, op welke conclusie Ladbrokes vervolgens zal kunnen reageren (rov. 4.41-4.42).

Van belang is nog dat de rechtbank niet is ingegaan op het verzoek van Ladbrokes gebruik te maken van haar bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen. Volgens de rechtbank is van een “acte éclairé” sprake. Uit de rechtspraak van het HvJ EG leidt de rechtbank af dat de nationale gerechten dienen te beoordelen of het aan gevallen overheidsbeleid aan de door het HvJ EG geformuleerde, toegelaten beperkingen op het vrij verrichten van diensten voldoet (rov. 4.40).

1.16 De minister van Justitie heeft bij brief van 21 oktober 2004 aan de Lotto gereageerd.²² In zijn brief heeft de minister een uiteenzetting gegeven van onder andere de uitgangspunten en de doelstelling van het kansspelbeleid, de in het licht van de beleidsuitgangspunten en de te bereiken doelstelling aangekondigde activiteiten en het restrictieve karakter van het kansspelbeleid. Voorts is de minister ingegaan op de evaluatie van de kritiek van Ladbroke's op het Nederlandse kansspelbeleid in het tussenvonnis van 2 juni 2004.²³ Daarbij heeft de minister meermalen erop gewezen dat de rechtbank haar voorlopige oordeel heeft gebaseerd op gegevens die niet actueel zijn.

Partijen hebben zich over een en ander (nader) uitgelaten.²⁴

1.17 Anders dan Ladbroke's had bepleit, heeft de rechtbank bij eindvonnis van 31 augustus 2005, mede onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, rov. 3.6.3, geoordeeld dat zij in abstracto moet toetsen of de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid, zoals het is geformuleerd en zoals het wordt uitgevoerd, dwingende redenen van algemeen belang zijn die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigen (rov. 2.8 e.v.).²⁵ Een onderzoek naar de vraag of toelating van Ladbroke's tot de Nederlandse kansspelmarkt in het concrete geval leidt tot risico's op het gebied van gokverslaving, correcte uitkering van prijzengeld en bovenmatige schulden ten gevolge van gokken past daarin niet en is bovendien een onderzoek dat de grenzen van een civiel geding tussen twee aanbieders van kansspelen over het al of niet onrechtmatige karakter in verband met het aandoen van oneerlijke concurrentie jegens de een door de ander door middel van door die ander aangeboden kansspelen te buiten gaat, aldus de rechtbank. Anders gezegd heeft de rechtbank haar onderzoek niet specifiek gericht op de situatie waarin Ladbroke's verkeert.

1.18 De rechtbank heeft geoordeeld dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals dat mede is vastgesteld in het vergunningstelsel van de Wok, niet in strijd is met art. 49 EG-Verdrag en dat het Ladbroke's daarom kan worden verboden gelegenheid te geven aan Nederlandse ingezetenen om aan de door haar op internet aangeboden kansspelen deel te nemen (rov. 2.28). Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat het Nederlandse kansspelbeleid zoals de minister van Justitie dat in zijn brief van 21 oktober 2004 heeft uiteengezet, op samenhangende en stelselmatige wijze de deelname van kansspelen beperkt, waarbij zij in aanmerking heeft genomen dat van een samenhangende en stelselmatige beperking van deelname aan kansspelen niet noodzakelijkerwijs slechts sprake kan zijn indien elke verruiming van het gereguleerde aanbod achterwege blijft. De gedachte van

22. De Lotto heeft de brief van de minister bij conclusie na tussenvonnis overgelegd; zie voor de inhoud van die brief, althans de belangrijkste punten daaruit, het eindvonnis van de rechtbank van 31 augustus 2005, rov. 2.2 e.v..

23. Vgl. rov. 2.5 van het eindvonnis.

24. Vgl. de rov. 2.6-2.7 van het eindvonnis.

25. Zie de rov. 2.8-2.16 van het eindvonnis.

beperking van goklust door kanalisatie via een gereguleerd aanbod kan in verband met technische en maatschappelijke ontwikkelingen een zekere verruiming van het aanbod en van reclame-uitingen verlangen. Bij de beperking gaat het vooral erom dat door een gereguleerd aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen (rov. 2.20).²⁶ Daarbij is onder meer onder meer de volgende overweging van belang:

“2.19. De Minister heeft in essentie betoogd dat het kansspelbeleid tot zijn aantreden minder restrictief was en dat hij vanaf zijn aantreden werkt aan een restrictiever beleid. De twijfels van de rechtbank over het restrictieve karakter van het kansspelbeleid, zijn gebaseerd op voorbeelden uit de periode van voor zijn aantreden. Hij heeft voorbeelden genoemd, waaruit blijkt dat het beleid inmiddels restrictiever is geworden (zie r.ovv. 2.2 t/m 2.5). De Lotto heeft daaraan nog een aantal voorbeelden toegevoegd (zie r.ov. 2.6). Volgens de Minister is het kabinetsbeleid erop gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren. Verruiming van het kansspelaanbod binnen de bestaande vergunningen is niet aan de orde. In zijn reactie op de overwegingen van de rechtbank heeft de Minister gewezen op de afvlakking van de omzetstijging van de vergunninghouders in de recente jaren en het voornemen om de marketingbudgetten van de vergunninghouders fors te laten afnemen. De Lotto heeft recente jaarverslagen van haar en Holland Casino in het geding gebracht, waaruit blijkt dat deze vergunninghouders omzetgroei niet meer als primaire doelstelling hebben. Daarnaast heeft de Minister gewezen op een aantal andere aspecten van het kansspelbeleid, waaruit blijkt dat dit restrictief is en dat de deelname aan kansspelen op samenhangende en stelselmatige wijze wordt beperkt.”

1.19 Volgens de rechtbank is toewijzing van een verbod tot deelname door Nederlandse ingezetenen aan de door Ladbrokes op internet aangeboden kansspelen niet onevenredig. Daarbij heeft de rechtbank onder meer eraan herinnerd dat de Hoge Raad in rov. 3.6.9 van zijn arrest van 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, het oordeel van het hof dat handhaving van het vergunningenstelsel noodzakelijk is om een ongebreidelde groei van het aanbod van kansspelen tegen te gaan en dat niet aannemelijk is dat minder beperkende maatregelen mogelijk zijn en in de praktijk effectief zullen blijken, in stand heeft gelaten. De rechtbank heeft zich bij dat oordeel aangesloten (rov. 2.23 e.v.).

1.20 Over de onrechtmatigheid van het handelen van Ladbrokes jegens de Lotto heeft de rechtbank onder meer het volgende overwogen:

26. De rechtbank verwijst daarvoor naar de rov. 3.6.5 en 3.6.6 van het arrest van de HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, alsmede naar punt 2.43 van mijn conclusie voor dat arrest. Op een aantal posita van Ladbrokes is de rechtbank nog afzonderlijk ingegaan.

“2.29. Ladbrokes handelt jegens de Lotto onrechtmatig door in strijd met art. 1 sub a Wok zonder vergunning in Nederland gelegenheid te geven deel te nemen aan kansspelen, omdat zij zich daarmee op oneerlijk wijze een voorsprong in haar concurrentiepositie jegens de Lotto verschaft. In r.ov. 4.6 van zijn arrest van 2 september 2003, LJN AJ9996, NJF 2003, 60, IER 2003, 77 heeft het hof Arnhem beslist dat Ladbrokes daarmee onrechtmatig handelt tegenover de Lotto. Hoge Raad heeft in r.ovv. 3.7.1 t/m 3.7.5 dit oordeel van het hof in stand gelaten. Dit betekent dat het door de Lotto gevorderde verbod toewijsbaar is. (...)”

1.21 De rechtbank heeft de vordering van de Lotto toegewezen, in die zin dat zij Ladbrokes heeft gelast de op grond van de uitspraken in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 27 januari 2003 en van het hof Arnhem van 2 september 2003 ingevoerde blokkeringsmaatregelen (die op de toegang via internet en het 0800-telefoonnummer betrekking hebben) in stand te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het verbod beperkt zich niet tot de kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft (zie daarover rov. 2.30). Ladbrokes is als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding veroordeeld.

1.22 Bij exploit van 30 november 2005 heeft Ladbrokes onder aanvoering van een zestal grieven hoger beroep van beide vonnissen bij het hof Arnhem ingesteld. De Lotto heeft in hoger beroep gemotiveerd verweer gevoerd. Partijen hebben de zaak ter terechtzitting van 19 juni 2006 doen bepleiten.

1.23 Het hof heeft op 17 oktober 2006 arrest gewezen.²⁷ Evenmin als de rechtbank heeft het hof aanleiding gezien om, zoals door Ladbrokes verzocht, prejudiciële vragen te stellen (rov. 4.20).

De stellingen van de Lotto en het daartegen door Ladbrokes gevoerde verweer roepen volgens het hof, binnen het kader van de rechtsstrijd in appel, in het bijzonder de volgende (in rov. 4.2 weergegeven) vragen op:

- 1) handelt Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?
- 2) is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG?
- 3) handelt Ladbrokes onrechtmatig jegens de Lotto?

Ad 1) Handelt Ladbrokes in strijd met art. 1, aanhef en onder a, Wok?

1.24 Onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, heeft het hof in de eerste plaats geoordeeld dat Ladbrokes, door op haar website www.ladbrokes.com kansspelen aan te bieden, handelt in strijd met het in art. 1, aanhef en onder a, Wok vervatte verbod om zonder vergunning ingevolge de Wok in Nederland tot deelname aan kansspelen gelegenheid te geven (rov. 4.3-4.5). Daarbij heeft het hof onder meer in aanmerking genomen dat het doel en de strekking van die bepaling nopen tot een ruime uitleg van de daarin gebezigde woor-

27. LJN AZ0222.

den “gelegenheid te geven”, en dat software ontwikkeld is die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt om deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen (technisch) onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet volgens het hof worden aanvaard (rov. 4.3)

“(...) dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen (...).”

Ad 2) Is toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok in strijd met art. 49 EG? 1.25 Vervolgens heeft het hof (in de rov. 4.6-4.21) de vraag aan de orde gesteld of de beperking van het vrij verkeer van diensten die, naar tussen partijen niet in geschil is, uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet voortvloeit, in dit geval met art. 49 EG in strijd is, anders gezegd, of de beperking in art. 1, aanhef en onder a, Wok voldoet aan de voorwaarden die in de (in rov. 4.7 besproken) rechtspraak van het HvJ EG zijn gesteld. Dienaangaande is het hof (in rov. 4.19) tot de conclusie gekomen dat

“(...) de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. (...)”

1.26 Het hof heeft het betoog van Ladbrokes dat (met name punt 75 van) het arrest Gambelli van het HvJ EG²⁸ onder meer meebrengt dat bij de toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn, verworpen. Volgens het hof kan bij de toetsing van de vermeende handelsbarrière de regel van art. 1, aanhef en onder a, Wok, niet buiten beschouwing blijven, tenzij deze regel met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.8-4.9). Wel heeft het hof onderschreven dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil is gehouden art. 1, aanhef en onder a, Wok overeenkomstig het doel en de strekking daarvan toe te passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Volgens het hof betekent dit laatste dat de Nederlandse rechter geen maatregel mag treffen die, gelet op het

28. HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 75: “Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn.”

door art. 1, aanhef en onder a, Wok nagestreefde doel, als disproportioneel moet worden beschouwd (rov. 4.11). Het hof heeft verder geoordeeld dat bij toetsing van art. 1, aanhef en onder a, Wok aan art. 49 EG, mede de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, aan de orde moeten komen (rov. 4.12).

1.27 Volgens het hof worden de beperkingen in art. 1, aanhef en onder a, Wok gerechtvaardigd door (in de rechtspraak van het HvJ EG erkende) dwingende redenen van algemeen belang. In dat verband heeft het hof erop gewezen dat het vergunningstelsel van de Wok, gelet op de doelstellingen van fraudebestrijding en kanalisering van goklust, erop is gericht het aantal aanbieders van kansspelen beperkt te houden en een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan, waarbij de vergunninghouders, zoals de Lotto, aan vele voorwaarden zijn gebonden (rov. 4.13).

Ten aanzien van de stelling van Ladbrokes dat het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk van het officiële beleid op dit punt afwijkt en dat fondsenwerving, het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en het tegengaan van het wegvloeien van gelden naar buitenlandse aanbieders, een belangrijke pijler (en dus rechtvaardigingsgrond) van de Wok is, heeft het hof (in rov. 4.14) overwogen dat

“(…) de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (...) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (...) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde de kansspelen te beheersen (...). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (...) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelen-organisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. (...)”

Volgens het hof geldt dat dit neveneffect

“(…) zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn (...), echter niet (belet) dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler – en dus niet slechts een belangrijk neveneffect – daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen.”

Het hof heeft evenmin gevolgd, dat, zoals Ladbrokes had betoogd, uit het feit dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat de vergunninghouders op grote schaal voor de door hen aangeboden kansspelen reclame mogen maken, kan worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust voert. In rov. 4.15 heeft het hof overwogen dat

“(…) (d)oorslaggevend is dat de Nederlandse overheid op het gebied van de kansspelen een restrictief beleid blijft voeren, waarbij zij een ruime beoordelingsmarge heeft in hoeverre zij kansspelen wil toestaan, en dat daarbij (…) wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in artikel 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (het totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie wordt toegepast. (…).”

Dit oordeel is volgens het hof niet in strijd met de doelstelling van de Wok, waaraan immers mede ten grondslag ligt dat door het toestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegaal aanbod gaat richten, waarmee onder meer wordt bereikt dat de goklust (speelzucht) en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid en dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden. Volgens het hof geldt

“(…) dat deze doelstelling van kanalisatie – die onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico voor het ontstaan van gokverslaving (…) – ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt (…).”

Hierbij heeft het hof ook in aanmerking genomen dat de minister van Justitie heeft uitgesproken dat overdadige reclame niet past binnen het restrictieve kabinetsbeleid en dat hij de betrokken organisaties heeft verzocht de hoeveelheid reclame-uitingen fors te beperken en het restrictieve reclamebeleid vorm en inhoud te geven door middel van een gedrags- en reclamecode kansspelen.²⁹ Ten slotte heeft het hof bij zijn oordeelsvorming de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de handhaving alsmede het besluit van het kabinet van 31 maart 2003 om de door de verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken zoveel mogelijk bij het ministerie van Justitie te concentreren, betrokken.

1.28 Met betrekking tot de vraag of het totaalverbod van kansspelen behoudens vergunning een geschikt middel is om de doelstellingen van de Wok te bereiken,

29. De code is op 15 februari 2006 in werking getreden; zie Kamerstukken II, 2005/06, 24 557, nr. 68.

heeft het hof, eraan herinnerend dat het in deze slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft, (in rov. 4.16) geoordeeld dat dit het geval is, omdat

“(...) de systematiek van het totaalverbod behoudens (aan velerlei voorwaarden gebonden (...)) vergunning daadwerkelijk eraan bijdraagt om de met de Wok beoogde doelstellingen – kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude – te bereiken, omdat deze ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen (...).”

1.29 Volgens het hof gaat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het (mede) in aanmerking heeft genomen dat Ladbrokes niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn (rov. 4.17).

Ad 3) Handelt Ladbrokes onrechtmatig jegens de Lotto?

1.30 Het hof heeft ten slotte de vraag aan de orde gesteld of Ladbrokes jegens de Lotto onrechtmatig handelt door zonder Nederlandse vergunning ingevolge de Wok via haar website www.ladbrokes.com kansspelen in Nederland aan te bieden. In dat verband heeft het hof geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat Ladbrokes art. 1, aanhef en onder a, Wok overtreedt voor een bevestigende beantwoording van die vraag weliswaar onvoldoende is, maar dat de bijkomende omstandigheid dat Ladbrokes zich daardoor een ongeoorloofde voorsprong op haar concurrente de Lotto verschaft, dit handelen wel onrechtmatig jegens de Lotto doet zijn in de zin van art. 6:162 BW (rov. 4.22-4.25).

1.31 Ten aanzien van het aan Ladbrokes op te leggen verbod heeft het hof, onder verwijzing naar HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, rov. 3.6.10, (in rov. 4.27) overwogen dat

“(...) nu zich hier de situatie voordoet dat Ladbrokes in Nederland gelegenheid geeft tot het via internet deelnemen aan de kansspelen, een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming aan de kansspelen via internet op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten, niet disproportioneel is te noemen (...).”

En verder (in rov. 4.28) dat

“(…) een dergelijk verbod niet, zoals Ladbrokes wel wil, behoeft te worden beperkt tot kansspelen waarvoor De Lotto een vergunning heeft.”

1.32 Bij arrest van 17 oktober 2006 is het hof tot de slotsom gekomen dat het door Ladbrokes ingestelde hoger beroep faalt (rov. 5). Het hof heeft de beide bestreden vonnissen bekrachtigd (dictum onder 6.1) en Ladbrokes in de kosten van het hoger beroep veroordeeld (dictum onder 6.2-6.3).

1.33 Bij exploot van 17 januari 2007 heeft Ladbrokes (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. De Lotto heeft geconcludeerd tot verwerping. Op 9 november 2007 hebben partijen de zaak mondeling bepleit en (eveneens mondeling) gere- en gedupliceerd.

2. Inleidende opmerkingen

Inleiding

2.1 In de onderhavige cassatieprocedure rijst opnieuw de vraag naar de verenigbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het vrij verkeer van diensten (art. 49 EG). Deze vraag werd al eerder aan de Hoge Raad voorgelegd, en wel in een procedure in kort geding tussen Ladbrokes en de Lotto, welke procedure leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM.³⁰ In dat arrest verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep tegen het arrest van het hof Arnhem waarin onder meer was geoordeeld dat het Nederlandse kansspelbeleid, zoals neergelegd in de Wok, niet met het gemeenschapsrecht in strijd is.

2.2 In mijn conclusie voor het arrest van 18 februari 2005 wees ik onder meer op het (op dat moment meest recente) Gambelli-arrest,³¹ waaruit blijkt dat art. 49 EG mede betrekking heeft op diensten in verband met weddenschappen op sportevenementen die een in een lidstaat gevestigde dienstverrichter via internet aan ontvangers in een andere lidstaat aanbiedt en dat een regeling van laatstbedoelde lidstaat die het onder bedreiging met strafsancities verbiedt om zonder een door die lidstaat verleende concessie of vergunning activiteiten te verrichten op het gebied van het inzamelen, het aannemen, het registreren en het verzenden van voorgestelde weddenschappen op met name sportevenementen, een beperking van het vrij verrichten van diensten zoals door art. 49 EG gewaarborgd, vormen. In HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ

30. Vgl. ook HR 21 april 2006, LJN AV0641, in een geschil tussen The Sporting Exchange Ltd. en Interwetten Cyprus Ltd. enerzijds en de Lotto anderzijds. Het ging in die (kortgeding)procedure in wezen om dezelfde problematiek als in het eerdere kort geding tussen Ladbrokes en de Lotto. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van The Sporting Exchange Ltd. en Interwetten Cyprus Ltd. met toepassing van art. 81 RO.

31. HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314.

2004, 314, heeft het HvJ EG zich mede uitgelaten over de vraag wanneer een dergelijke beperking toelaatbaar kan worden geacht. Zie daarover de volgende overwegingen:

“63. Zoals zowel de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, als de Commissie hebben aangevoerd, heeft het Hof in zijn reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a., en Zenatti er evenwel op gewezen dat de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde.

64. In elk geval zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten slechts gerechtvaardigd wanneer zij voldoen aan de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd (zie met name arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32, en 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

65. Volgens deze rechtspraak moeten die beperkingen hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zij dienen in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast.”

Het staat blijkens punt 66 van het arrest aan de verwijzende rechter om uit te maken of in het hoofdgeding aan deze voorwaarden is voldaan. Daarbij dient de verwijzende rechter wel rekening te houden met de volgende overwegingen van het HvJ EG:

“67. Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läärä e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkómen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatische wijzen worden beperkt.

68. Dienaangaande heeft de verwijzende rechter onder verwijzing naar de voorbereidende werken van wet nr. 388/00 opgemerkt dat de Italiaanse staat,

om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de kansspelen en weddenschappen voert, waarbij hij de concessiehouders van het CONI beschermt.

69. Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.

70. Verder dienen de uit de Italiaanse regeling inzake aanbestedingen voortvloeiende beperkingen zonder onderscheid te worden toegepast, in die zin dat zij op dezelfde wijze en aan de hand van dezelfde criteria moeten worden toegepast op in Italië gevestigde marktdeelnemers en op marktdeelnemers uit andere lidstaten.

71. Het staat aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of de voorwaarden om mee te dingen naar de aanbesteding voor de concessies voor de exploitatie van weddenschappen op sportevenementen aldus zijn vastgesteld dat in de praktijk Italiaanse marktdeelnemers er makkelijker aan kunnen voldoen dan buitenlandse marktdeelnemers. Indien dit het geval is, voldoen deze voorwaarden niet aan het non-discriminatiecriterium.

72. Ten slotte mogen de uit de Italiaanse wettelijke regeling voortvloeiende beperkingen niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel.(...)

(...)

75. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn.”

2.3 Sinds het arrest van 18 februari 2005 hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die de materie van het onderhavige cassatieberoep raken. Ik noem de volgende ontwikkelingen.

Rechtspraak; internationaal

2.4 Op 6 maart 2007 heeft het HvJ EG uitspraak gedaan in de gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, waarin de bestaande rechtspraak over de verenigbaarheid van beperkingen als gevolg het

nationale kansspelbeleid met het gemeenschapsrecht wordt bevestigd.³² In het arrest komt (wederom) het Italiaanse kansspelbeleid aan de orde. Een marktdeelnemer die in Italië een activiteit in de kansspelsector wenst uit te oefenen, moet voldoen aan een nationale wettelijke regeling met de volgende kenmerken: de verplichting om een concessie te verkrijgen, verlening van deze concessies middels een aanbestedingsprocedure waarvan bepaalde soorten marktdeelnemers, met name vennootschappen waarvan de individuele aandeelhouders niet te allen tijde kunnen worden geïdentificeerd, zijn uitgesloten, de verplichting om een vergunning te verkrijgen, en strafrechtelijke sancties in geval van overtreding van de betrokken regeling. Het arrest spitst zich toe op de vraag of de art. 43 en 49 EG zich tegen een regeling met bovengenoemde kenmerken verzetten (rov. 40-41). Daarbij is het (door de verwijzende rechter aangedragen) uitgangspunt dat de Italiaanse wetgever sinds vele jaren in de kansspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen en dat de betrokken regeling niet strekt tot bescherming van de consument, beperking van de goklust van de consument of beperking van het spelaanbod, maar tot het kanaliseren van de kansspelactiviteiten in controleerbare circuits teneinde de exploitatie van deze activiteiten voor criminele doeleinden te voorkomen (punten 16, 54 en 55). Het HvJ EG heeft in de punten 43-49 zijn bestaande rechtspraak bevestigd en verder onder meer het volgende overwogen:

“52. Met betrekking tot de doelstellingen die deze belemmeringen (de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging en het vrij dienstenverkeer als gevolg van de litigieuze regelgeving; LK) kunnen rechtvaardigen, moet in de onderhavige context onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de doelstelling om de gelegenheden tot spelen te beperken en anderzijds, voor zover de kansspelen zijn toegestaan, de doelstelling om de criminaliteit te bestrijden door controle op de in deze sector actieve marktdeelnemers en door kanalisering van de kansspelactiviteiten in aldus gecontroleerde circuits.

53. Wat het eerste type doelstelling betreft, blijkt uit de rechtspraak dat beperkingen van het aantal marktdeelnemers weliswaar in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn, doch dat deze beperkingen in elk geval dienen te beantwoorden aan het streven, de gelegenheden om te spelen daadwerkelijk te verminderen en de activiteiten op dit gebied op samenhangende en stelselmatige wijzen te beperken (zie in die zin, reeds aangehaalde arresten Zenatti, punten 35 en 36, en Gambelli e.a., punten 62 en 67).

32. Zie over deze zaak N. Hoekx, *Kansspelen in Europa: Placanica*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en het verlossende woord dat nooit zal komen, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2007, p. 148-155 en Dirk Postel, *Glücksspiel im europäischen Binnenmarkt nach “Gambelli” und “Placanica” und vor “Winner Wetten”*, *Europarecht* 2007/3, p. 334-339.

54. Volgens de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione staat vast dat de Italiaanse wetgever in de kansspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen, en dat er geen rechtvaardiging voor de Italiaanse regeling kan worden ontleend aan de doelstellingen van beperking van de goklust van de consument of van beperking van het spelaanbod.

55. Het is immers het tweede type doelstelling, te weten die welke erop is gericht de exploitatie van kansspelactiviteiten voor criminele doeleinden te voorkomen door deze in controleerbare circuits te kanaliseren, die zowel door de Corte suprema di cassazione als door de Italiaanse regering in haar bij het Hof ingediende opmerkingen wordt gezien als het werkelijke doel van de Italiaanse regeling die in de hoofdzaken aan de orde is. In deze optiek kan een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector zeer wel in logisch verband staan met de doelstelling om spelers van clandestiene spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot toegestane en gerelementeerde activiteiten. Zoals met name de Belgische en de Franse regering hebben opgemerkt, moeten de marktdeelnemers met een vergunning, teneinde deze doelstelling te verwezenlijken, een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk, alternatief bieden voor een verboden activiteit, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren.

(...)

57. Een stelsel van concessies kan in deze omstandigheden een doeltreffend mechanisme vormen waarmee de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers kunnen worden gecontroleerd met het doel de exploitatie van deze activiteiten voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen. Daarentegen beschikt het Hof niet over voldoende feitelijke gegevens om de beperking van het totale aantal concessies, gelet op de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende vereisten, als zodanig te beoordelen.

58. De verwijzende rechters zullen moeten nagaan of de nationale regeling, voor zover daarbij het aantal in de kansspelsector actieve marktdeelnemers wordt beperkt, daadwerkelijk beantwoordt aan de door de Italiaanse regering aangevoerde doelstelling, te weten de exploitatie van de activiteiten in deze sector voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen. Evenzo staat het aan de verwijzende rechters om na te gaan of deze beperkingen voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid daarvan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd.”

In punt 62 heeft het HvJ EG overwogen:

“Los van de vraag of de uitsluiting van op de gereguleerde markten genoteerde kapitaalvennootschappen feitelijk gelijkelijk geldt voor in Italië gevestigde marktdeelnemers en voor uit andere lidstaten afkomstige deelnemers, gaat deze totale uitsluiting verder dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel, te voorkomen dat de in de kansspelsector actieve marktdeelnemers bij criminele en frauduleuze activiteiten worden betrokken. Zoals de advocaat-generaal in punt 125 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bestaan er immers andere middelen om de rekeningen en de activiteiten van de marktdeelnemers in de kansspelsector te controleren, waarmee de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in mindere mate worden beperkt, zoals het inwinnen van informatie over hun vertegenwoordigers of hun grootste aandeelhouders. Deze vaststelling vindt steun in het feit dat de Italiaanse wetgever heeft gemeend die uitsluiting bij de begrotingswet voor 2003 volledig te kunnen afschaffen zonder haar evenwel door andere beperkende maatregelen te vervangen.”

Over de strafrechtelijke sancties heeft het HvJ EG geoordeeld:

“70. Geconstateerd moet worden dat personen als verdachten in de hoofdzaken in hun hoedanigheid van exploitanten van DTC's die verbonden waren aan een bookmakervernootschap die op de gereguleerde markten was genoteerd en in een andere lidstaat was gevestigd, de bij de Italiaanse regeling vereiste concessies en vergunningen hoe dan ook niet konden verkrijgen omdat de Italiaanse Republiek de verlening van een vergunning, in strijd met het gemeenschapsrecht, afhankelijk stelt van het bezit van een concessie, en dat deze lidstaat ten tijde van de laatste aanbestedingsprocedure in de hoofdzaken, had geweigerd concessies te verlenen aan op de gereguleerde markten genoteerde vennootschappen. In die omstandigheden mag de Italiaanse Republiek aan personen als verdachten in de hoofdzaken geen strafrechtelijke sancties opleggen omdat zij zonder concessie of vergunning een georganiseerde activiteit van inzameling van weddenschappen hebben uitgeoefend.

71. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de artikelen 43 EG en 49 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als die welke in de hoofdzaken aan de orde is, op grond waarvan aan personen als verdachten in de hoofdzaken een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd omdat zij zonder de in de nationale wettelijke regeling voorgeschreven concessie of vergunning een georganiseerde activiteit van inzameling van weddenschappen hebben uitgeoefend, wanneer deze personen die concessies of vergunningen niet hebben kunnen verkrijgen wegens de met het gemeenschapsrecht strijdige weigering van deze lidstaat om hun deze te verlenen.”

2.5 Het HvJ EG oordeelde in nagenoeg gelijke zin als in de zaak Placanica in de eveneens op 6 maart 2007 in de zaken C-395/05, C-397/05, C-466/05 en C-

191/06³³ gewezen arresten, die, evenals Placanica, op de verenigbaarheid van de Italiaanse wettelijke regeling inzake kansspelen met het gemeenschapsrecht betrekking hebben.

2.6 Bij het HvJ EG is thans nog een aantal zaken aanhangig, wederom met betrekking tot de verenigbaarheid van nationaal kansspelbeleid met (een of meer vrijheden van) het gemeenschapsrecht. Ik noem de volgende, mij bekende,³⁴ zaken. In zaak C-409/06 (Winner Wetten),³⁵ zijn vragen gesteld door de Duitse rechter, die ervan uitgaat dat de betrokken nationale regelingen betreffende een staatsmonopolie inzake sportwedenschappen ongeoorloofde beperkingen van de in de artikelen 43 en 49 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten omvatten, omdat zij niet ertoe bijdragen dat de wedenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt.

In zaak C-525/06 (Euro Millions)³⁶ heeft de Belgische rechter de volgende vragen gesteld:

“1. Moet art. 49 EG-Verdrag zo worden uitgelegd dat restrictieve nationale bepalingen, waaronder art. 37 van de wet van 19.04.02, die de toetreding tot de markt van een onderneming met oog op een met winst gerichte verkoop van groepsdeelname formulieren aan Euro Millions belemmeren, alsnog toegelaten zijn rekening houdend met het algemeen belang (voorkomen van geldverkwisting door gokken), in de wetenschap dat

(a) de Nationale Loterij, die van de Belgische Staat een wettelijk monopolie verwierf en daarvoor monopolierente betaalt, en die zich ten doel stelt het kanaliseren van de bij de mens aangeboren speelzucht, op regelmatige basis publiciteit maakt voor deelname aan Euro Millions waardoor de speelzucht in werkelijkheid wordt aangewakkerd?

(b) de door de Nationale Loterij regelmatig gevoerde publiciteit en haar verkoopsmethoden marktverruimend werken, waarbij de Nationale Loterij zich laat leiden tot maximeren van de omzet (financiële motieven), in plaats van het kanaliseren van de aangeboren speelzucht van de burger?

(c) minder belemmerende maatregelen, zoals beperking van inzet- en winstmogelijkheden, het beoogde doel, met name het kanaliseren van de aangeboren speelzucht, beter kunnen indijken?

33. Zie voor een Nederlandse vertaling van de dicta in deze zaken: PbEU van 28.4.2007, C 96, p. 20-21 en 23. Zie ook nog HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, NJ 2008, 40, BR 2008, 131, m.nt. A.E. Broesterhuizen, waarin het HvJ EG heeft vastgesteld dat Italië, door zonder enige aanbestedingsprocedure 329 concessies voor het beheer van paardenwedenschappen te hernieuwen, de verplichtingen die krachtens het EG-Verdrag op haar rusten niet is nagekomen en meer bepaald het algemene transparantiebeginsel en de verplichting tot openbaarheid, die uit de art. 43 en 49 EG voortvloeien, heeft geschonden.

34. Zie ook Dirk Postel, Glücksspiel im europäischen Binnenmarkt nach “Gambelli” und “Placanica” und vor “Winner Wetten”, *Europarecht* 2007/3, p. 317-348 (i.h.b. p. 340 e.v.).

35. Zie PbEU 2006, C 326, p. 25.

36. Zie PbEU 2007, C 42, p. 17.

2. Is een restrictieve nationale bepaling, zoals art. 37 van de wet van 19.04.02 die de toetreding tot de markt van een onderneming met oog op een met winst gerichte verkoop van groepsdeelname formulieren aan Euro Millions verhindert, strijdig met de vrijheid van dienstverrichting (art. 49 EG-Verdrag), in de wetenschap dat verweerster zelf geen loterij organiseert, doch wel slechts de deelname in groep aan Euro Millions via eigen deelnameformulieren van de Nationale Loterij op winstgevende wijze tracht te organiseren?”

In zaak C-42/07 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional*),³⁷ ingeleid door de Portugese rechter, liggen de navolgende vragen voor:

“1) De vraag die rijst, is in wezen of bovengenoemde exclusiviteitsregeling ten gunste van Santa Casa voor Baw, dat wil zeggen een dienstverrichter die is gevestigd in een andere lidstaat, waar hij rechtmatig soortgelijke diensten verricht, zonder dat hij in Portugal over een fysieke vestiging beschikt, een belemmering voor het vrij verrichten van diensten vormt, in strijd met de beginselen van vrije dienstverrichting, vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal, zoals neergelegd in respectievelijk de artikelen 49, 43 en 56 EG-Verdrag.

2) Bijgevolg dient te worden verduidelijkt of het gemeenschapsrecht en, meer in het bijzonder, de genoemde beginselen in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij aan één enkele entiteit het exclusieve recht wordt verleend om loterijspelen en weddenschappen te exploiteren, en wordt bepaald dat deze exclusiviteitsregeling geldt voor “het gehele nationale grondgebied, met inbegrip van [...] internet”.”

De gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (*Markus Stoss e.a.*),³⁸ betreffen de activiteiten van bemiddelaars bij via internet te sluiten sportweddenschappen met in het buitenland gevestigde vennootschappen. Deze bemiddelaars handelen zelf zonder de (vereiste) vergunning, maar voeren aan dat hun in het buitenland gevestigde zakenpartners wel over een vergunning beschikken en beroepen zich op de vrijheid van vestiging respectievelijk van dienstverlening. De betrokken Duitse bestuursrechters hebben het HvJ EG de volgende vragen gesteld:

“1. Moeten de artikelen 43 EG en 49 EG aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen zoals bijvoorbeeld sportweddenschappen, wanneer in de betrokken lidstaat een samenhangend en stelselmatig beleid ter beperking van kansspelen geheel ontbreekt, in het bijzonder omdat de nationale concessiehouders de deelname aan andere kansspelen – zoals de nationale loterijen en casinospelen – aanmoedigen, en

37. Zie PbEU 2007, C 69, p. 9.

38. Zie PbEU 2007, C 269, p. 16, 19 en 20; PbEU 2007, C 283, p. 14-15.

daarnaast andere spelen met hetzelfde of groter vermoede potentieel tot verslavingsgevaar – zoals weddenschappen op bepaalde sportuitslagen (zoals paardenrennen) en gokautomaten – door private dienstverleners mogen worden aangeboden?

2. Moeten de artikelen 43 EG en 49 EG aldus worden uitgelegd dat de vergunningen toegekend door de daarvoor bevoegde overheidsinstanties van de lidstaten voor de organisatie van sportweddenenschappen, die niet tot het betrokken nationale grondgebied beperkt zijn, de vergunninghouder en de door hem gemachtigde derden toestaan om zonder de eis van aanvullende nationale vergunningen ook op het gebied van de andere lidstaten het betreffende aanbod tot sluiting van overeenkomsten mogen doen en deze mogen doen en deze mogen sluiten?”

De betekenis van (het ontbreken van) in de lidstaat van vestiging van de aanbieder van de kansspelen reeds geboden waarborgen, de toelaatbaarheid van een monopolie in het licht van bij de nationale rechter levende aarzelingen over de gerechtvaardigdheid van het nationale kansspelbeleid en aspecten van de procedure tot vergunningverlening zijn ook aan de orde in recentelijk door de Duitse rechter gestelde vragen in zaak C-46/08 (Carmen Media Group):³⁹

“1. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat voor het beroep op de vrijheid van dienstverrichting is vereist dat de dienstverrichter volgens de bepalingen van de lidstaat waar hij is gevestigd, de dienst ook daar mag verrichten – in casu: beperking van de Gibraltareense kansspelvergunning tot “offshore bookmaking”?

2. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een staatsmonopolie op weddenschappen op sportevenementen en loterijen (met niet slechts een gering verslavingspotentieel), dat voornamelijk op de bestrijding van gokverslaving is gebaseerd, wanneer in deze lidstaat andere kansspelen met een aanzienlijk verslavingspotentieel door particuliere dienstverrichters mogen worden aangeboden en de uiteenlopende wettelijke regelingen van weddenschappen op sportevenementen en loterijen enerzijds en andere kansspelen anderzijds berusten op de verschillende wetgevende bevoegdheid van de deelstaten en de bondsstaat?

Indien vraag b bevestigend wordt beantwoord:

3. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die de organisatie en het aanbieden van kansspelen, ook wanneer is voldaan aan de wettelijk vastgestelde vergunningsvoorwaarden, aan de beoordelingsvrijheid van de vergunningverlenende instantie overlaat?

39. De vragen zijn te raadplegen op de website van het Expertisecentrum Europees Recht (www.minbuza.nl/ecer).

4. Moet artikel 49 EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die de organisatie en het aanbieden van kansspelen via internet verbiedt, in het bijzonder wanneer tegelijk – zij het voor een overgangperiode van één jaar – de organisatie en aanbidding ervan via internet, met inachtneming van de bepalingen inzake bescherming van de jeugd en de spelers, wordt toegestaan bij wijze van evenredigheidscorrectie ten behoeve van twee ondernemingen die tot dusver vrijwel uitsluitend via internet spelen aanboden, in staat te stellen over te schakelen op door het Staatsverdrag toegelaten distributiekkanalen?”

Ten slotte wijs ik op de recente vragen in zaak C-64/08 (Engelmann)⁴⁰ van de Oostenrijkse rechter, die niet van het bestaan van een samenhangend en stelselmatig nationaal kansspelbeleid lijkt te zijn overtuigd:

“1. Dient artikel 43 EG (Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap in de versie van 2 oktober 1997, laatst gewijzigd naar aanleiding van de toetreding van de Republiek Bulgarije en van Roemenië tot de Europese Unie op 25 april 2005, Pb L 157, van 21 juni 2005) aldus te worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een bepaling op grond waarvan kansspelen in casino's alleen mogen worden geëxploiteerd door vennootschappen op aandelen die gevestigd zijn op het grondgebied van de lidstaat waar het casino is gelegen, en die derhalve verplicht tot de oprichting of de overname van een in de genoemde lidstaat gevestigde kapitaalvennootschap?

2. Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal monopolie op bepaalde kansspelen, bijvoorbeeld kansspelen in casino's, wanneer in de betrokken lidstaat helemaal geen sprake is van een samenhangend en stelselmatig beleid van inperking van kansspelen, aangezien organisatoren met een door de lidstaat verleende vergunning aanzetten tot deelname aan kansspelen – zoals door de overheid georganiseerde sportwedstrijden en loterijen – en hiervoor reclame maken (televisie, kranten, tijdschriften), waarbij de reclame zelfs zo ver gaat dat net voor de lottotrekking een bon voor de terugbetaling van een lottoformulier wordt aangeboden (“TOI TOI TOI” – Glaub'ans Glück)?

3. Dienen de artikelen 43 EG en 49 EG aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling op grond waarvan alle door de nationale wettelijke regeling inzake kansspelen voorgeschreven vergunningen voor kansspelen en casino's voor een tijdvak van vijftien jaar worden toegekend, op basis van een regeling die concurrenten uit de Gemeenschap (die geen staatsburger van die lidstaat zijn) uitsluit van de aanbesteding?”

40. De vragen zijn te raadplegen op de website van het Expertisecentrum Europees Recht (www.minbuza.nl/ecer).

2.7 Naast uitspraken van het HvJ EG zijn er over de toelaatbaarheid van nationaal kansspelbeleid ook uitspraken van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: het EVA-Hof), waarmee het HvJ EG in zijn eigen rechtspraak rekening houdt.⁴¹

In de hierna nog te bespreken vijfde voortgangsrapportage over het kansspelbeleid van 13 juli 2007⁴² wordt melding gemaakt van de uitspraak van het EVA-Hof van 14 maart 2007, zaak E-1/06 (EVA Toezichthoudende Autoriteit/Noorwegen), over het Noorse speelautomatenmonopolie. Het EVA-Hof sauveerde dat monopolie, omdat het bijdraagt aan een coherent en systematisch kansspelbeleid en een proportioneel middel vormt om de gestelde doelen te bereiken. Voorts vond het Hof dat de financiële consequenties van de voorgestelde regeling niet als doel, maar hooguit als gunstig neveneffect kunnen worden gezien.

Verder kan nog worden gewezen op een uitspraak van het EVA-Hof van 30 mei 2007, zaak E-3/06 (Ladbroke's/Noorwegen), waarin het EVA-Hof een regime van exclusieve rechten accepteerde, ook voor zover dat in de weg staat aan legaal aanbod vanuit het buitenland. Het EVA-Hof overwoog:

“87. The answer to the fifth question must therefore be that under Article 36 EEA, to the extent the national court concludes that the exclusive rights systems established under the Gaming Act and the Totalisator Act constitute lawful restrictions, the host State has the right to prohibit the provision and marketing of games of chance from abroad, no matter whether or not these are lawful in their State of origin. Further, to the extent the national court concludes that the exclusion of commercial operators under the Lottery Act constitutes a lawful restriction on the free movement of services, national authorities may correspondingly prevent commercial operators from providing and marketing games of chance from abroad.”

Rechtspraak; nationaal

2.8 Ook in Nederland zijn relevante rechterlijke uitspraken gedaan. In de eerste plaats wijs ik op Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: AbRvS) 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans, waarin het ging om een geschil naar aanleiding van de weigering door de minister van Justitie (mede handelend namens de minister van Economische Zaken) om aan Compagnie Financière Régionale B.V. (verder: CFR) een vergunning te verlenen voor het organiseren van een speelcasino te Bergen op Zoom. De vergunningaanvraag van CFR was afgewezen omdat art. 27h lid 1 Wok slechts vergunningverlening aan één rechtspersoon toelaat en Holland Casino reeds vergunninghouder is. De minister van Justitie en Holland Casino kwamen op tegen de beslissing van de rechtbank Breda, waarin de beslissing op bezwaar wegens een gebrekkige motivering was ver-

41. Zie bijv. voor een verwijzing naar de jurisprudentie van het EVA-Hof HvJ EG 2 december 2004, zaak C-41/02 (Commissie/Nederland), Jurispr. 2004, p. I-11375, punt 62.

42. Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76, p. 7.

nietigd. De rechtbank oordeelde dat art. 27h lid 1 Wok een beperking vormt op art. 49 EG en dat onvoldoende is gebleken dat is voldaan aan de in de rechtspraak van het HvJ EG uiteengezette voorwaarden die een dergelijke beperking kunnen rechtvaardigen (rov. 2.3). Volgens de AbRvS kunnen het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving, als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de jurisprudentie van het HvJ EG worden aangemerkt, terwijl het wettelijke stelsel van art. 27h lid 1 Wok geen discriminatie naar nationaliteit inhoudt (rov. 2.6.1). De AbRvS heeft (in verband met de te stellen eisen van geschiktheid en proportionaliteit) geoordeeld dat de vergunningverlening voor onbepaalde duur niet ertoe leidt dat de toegang tot de Nederlandse casinomarkt blijvend is afgesloten (rov. 2.6.2.3).⁴³ Voorts heeft zij in herinnering gebracht dat de lidstaten ten aanzien van het kansspelbeleid over beoordelingsvrijheid beschikken, waaruit volgt dat de nationale autoriteiten dienen te beoordelen of het voor het aldus nagestreefde doel noodzakelijk is activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden dan wel die activiteiten slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen treffen. Zie rov. 2.6.2.4, derde volzin e.v.:

“Gelet hierop, komt de Afdeling tot het oordeel dat een éénvergunningstelsel zoals neergelegd in artikel 27h, eerste lid, van de WoK in beginsel een geschikt middel is om de gestelde doelen te weten: het beschermen van consumenten, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit, alsmede het tegengaan van gokverslaving, te bereiken. De omstandigheid dat ook andere maatregelen (...) geschikt zouden kunnen zijn, doet daar op zichzelf niet aan af. Een stelsel met één vergunninghouder, die slechts een beperkt aantal casino's mag exploiteren, is in ieder geval geschikt om bedoelde activiteiten te beperken. Naar het oordeel van de Afdeling is voorts aannemelijk geworden dat het feit dat artikel 27h van de WoK slechts één vergunninghouder toelaat, niet alleen in hoge mate de controle op die vergunninghouder vereenvoudigt – waardoor deze controle effectiever zal kunnen zijn –, maar ook voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat. Het standpunt van de Minister dat in een stelsel met meer vergunninghouders elke vergunninghouder zich zal inspannen om, met het doel zijn eigen winst te maximaliseren, zo veel mogelijk klanten te trekken, waardoor de kans aanzienlijk is dat door wervende maatregelen niet alleen de klantenkring, maar ook de gokverslaving zich uitbreidt, komt de Afdeling niet onaannemelijk voor.”

43. Uit uitspraken van de minister van Justitie blijkt namelijk dat de verlening van een vergunning voor onbepaalde duur niet uitsluit dat een vergunning ex art. 27 lid 1 Wok zou kunnen worden ingetrokken, worden gewijzigd of op enig moment aan een ander worden verleend, bijvoorbeeld indien maatschappelijke en feitelijke ontwikkelingen in Nederland of de jurisprudentie van het HvJ EG daartoe aanleiding geven, aldus de Afdeling.

En verder rov. 2.6.2.5:

“Ten aanzien van de uitvoering van die beleid in praktijk onderkent de Afdeling dat, zoals CFR terecht aanvoert, hieraan aspecten zijn verbonden die op zichzelf gezien mogelijk minder goed passen in de doelstellingen van een terughoudend kansspelbeleid, zoals een toename van het aantal vestigingen en het hanteren van een ruim reclamebudget. De Afdeling is echter van oordeel dat deze aspecten tegen de achtergrond van het Nederlandse kansspelbeleid als geheel dienen te worden gezien. In Nederland is geen sprake van een absoluut verbod op casinospelen, maar is sprake van het reguleren en beheersen van kansspelen en het kanaliseren van speelzucht. Dat brengt mee dat, naast beperkende maatregelen, ook maatregelen getroffen zijn om gokactiviteiten te kanaliseren, zodat deze beheersbaar worden. In hetgeen in de procedure door partijen naar voren is gebracht, vindt de Afdeling onvoldoende aanleiding om aannemelijk te achten dat de verschillende maatregelen de grenzen van een samenhangend en stelselmatig beleid, in de zin van punt 67 van het arrest Gambelli, en zoals ook aan de orde was in het arrest Placanica, punten 52 tot en met 58, te buiten zouden gaan.”

Over het financiële belang van de Staat bij de opbrengsten van casinospelen overwoog de AbRvS:

“2.6.2.6. Wat betreft het financiële belang van de Staat bij de opbrengsten van casinospelen wijst de Afdeling erop dat dit belang niet alleen voortvloeit uit de banden tussen Holland Casino en de overheid, maar ook reeds voortvloeit uit artikel 27h, tweede lid, van de WoK, dat bepaalt dat de opbrengst van de speelcasino's – na aftrek van de prijzen en kosten – ten bate van de schatkist strekt. Dit brengt naar het oordeel van de Afdeling mee, dat dit financiële belang in het wettelijke stelsel losstaat van de banden die de overheid met Holland Casino heeft. Het enkele feit dat de overheid daarmee een financieel belang krijgt bij de exploitatie van legale kansspelen, brengt op zichzelf nog niet mee, dat dit financiële belang meer zou zijn dan een gunstig neveneffect van het restrictieve beleid. In hetgeen door partijen naar voren is gebracht ziet de Afdeling onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat dit in werkelijkheid anders zou zijn.”

De AbRvS kwam (in rov. 2.6.2.7) tot het eindoordeel dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de beperking die art. 27h lid 1 Wok op (de vrijheid van vestiging en) het vrij verkeer van diensten vormt, in het licht van de stand van de jurisprudentie van het HvJ EG, niet zou zijn gerechtvaardigd, en heeft daaraan de conclusie verbonden dat art. 27h lid 1 Wok niet onverbindend is.

2.9 Korte tijd later heeft de AbRvS (18 juli 2007, AB 2007, 302, m.nt. J.H. Jans) opnieuw moeten oordelen over de verenigbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid (in het bijzonder art. 3 lid 1 Wok) met het gemeenschapsrecht, ditmaal

naar aanleiding van de afwijzing door de minister van Justitie van het verzoek van de in Duitsland woonachtige Schindler om te mogen optreden als tussenpersoon bij de verkoop van loten voor buitenlandse maar uit EG-landen afkomstige loterijen en de weigering van een vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij. De vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij is door de minister afgewezen op de grond dat volgens het restrictieve kansspelbeleid (zoals uiteengezet in de derde voortgangsrapportage kansspelen van 10 februari 2005, Kamerstukken II 2004/05, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47) geen vergunningen voor nieuwe loterijen kunnen worden afgegeven. Volgens de minister is voorts uit onderzoek gebleken dat aan nieuwe loterijen geen behoefte bestaat (rov. 2.4). Dit keer had de AbRvS bedenkingen bij het daadwerkelijk restrictieve karakter van het door de minister van Justitie gevoerde kansspelbeleid. Zie de volgende rechtsoverwegingen:

“2.5.5. De Afdeling stelt voorop dat artikel 3, eerste lid, van de Wks (de Wok; LK) er als zodanig niet aan in de weg staat dat aan appellant een vergunning wordt verleend ten behoeve van een landelijke loterij. De (...) grondslag van het restrictieve beleid van de Minister, namelijk het reguleren en beheersen van kansspelen met het doel het beschermen van de consument, biedt vanaf medio 1992 evenwel voldoende rechtvaardiging voor diens algemene standpunt dat niet ongelimiteerd vergunningen op de voet van deze bepaling kunnen worden verleend. De Minister heeft er terecht op gewezen dat hij bij een onbeperkt aantal aanbieders van goede doelenloterijen de greep op de markt zou verliezen, hetgeen het belang van de bescherming van de consument niet ten goede zou komen.

2.5.6. Niet valt echter in te zien in hoeverre dit belang en het daarop gebaseerde beleid voldoende grondslag bieden voor de weigering van de onderhavige vergunning. Dat het uitsluiten in 2005 van een enkele extra aanbieder, naast de in de periode 1988-1992 toegelaten nationale postcodeloterij, de bankgiroloterij en de sponsorloterij, alsmede de in de Wks geregelde kansspelen met een landelijk bereik, geschikt en proportioneel zou zijn om de greep op de markt niet te verliezen, is door de Minister niet aannemelijk gemaakt.

2.5.7. In dit verband is van belang dat het restrictieve beleid van de Minister inzake kansspelen er niet aan in de weg heeft gestaan dat aan de bestaande vergunninghouders uitbreiding van het aantal trekkingen van bestaande loterijen is toegestaan, alsmede verhoging van het toegestane omzetbedrag, en dat door de bestaande vergunninghouders nog immer in grote mate marketingactiviteiten worden verricht. Voorts kan worden gewezen op de geplande uitbreiding van het aanbod als gevolg van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wks houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet (Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 362, nr. 2) en op het voorstellen van de Minister, zoals blijkt uit de meergenoemde derde voortgangsrap-

portage kansspelen, om op basis van artikel 3 aan vijf organisaties, die al lange tijd een jaarlijkse vergunning krijgen voor het organiseren van incidentele loterijen, te weten het Koningin Wilhelmina Fonds, de Nationale Grote Clubactie, de Nationale Vereniging de Zonnebloem, Scouting Nederland en de Stichting Nationaal Jeugd Fonds, een gezamenlijke (semi)permanente vergunning te verlenen.

2.5.8. Voor zover de Minister er in zou slagen aannemelijk te maken dat er gegronde redenen zijn om niet meer dan de drie bestaande houders van (semi)permanente vergunningen op basis van artikel 3 van de Wks toe te laten, valt voorts niet in te zien dat die vergunningen, die telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, en die wat betreft de postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij aflopen op respectievelijk 31 december 2007, 30 april 2008 en 31 december 2010, telkens aan dezelfde vennootschappen als de huidige, worden verleend. Ter zitting heeft de Minister bevestigd dat thans bij de verlening van deze vergunningen, noch bij de elders in de wet geregelde vergunningen voor kansspelen, die met uitzondering van die voor de staatsloterij en casinospelen eveneens telkens voor een periode van vijf jaar worden verleend, enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit, zoals verwoord in de arresten [...] en [...], niet worden gerechtvaardigd door de verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt, nu dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.

2.5.9. Voor zover de Minister heeft gewezen op het spanningsveld in het beleid, dat niet alleen op beteugeling van het aanbod gericht kan zijn, maar ook, ter voorkoming van het ontstaan van illegale activiteiten, ruimte moet bieden aan nieuwe ontwikkelingen door middel van een uitgebreider legaal aanbod, overweegt de Afdeling als volgt. Dit standpunt sluit niet uit dat binnen het bestaande stelsel van uiteenlopende vergunninghouders, als geschetst onder overweging 2.5.4, ruimte is voor de loterij waarvoor appellant vergunning heeft gevraagd. De enkele verwijzing in de beslissing op bezwaar van 25 juli 2005 naar de conclusie uit het in 2002-2003 uitgevoerde onderzoek dat aan een andere goede doelenloterij geen behoefte zou bestaan (Tweede Kamer 2002-2003, 23 036, nr. 287), is, nog afgezien van de vraag of dit onderzoek in een snel evoluerende markt ook twee jaar nadien nog representatief kan worden geacht, onvoldoende om de weigering van de onderhavige vergunning te kunnen dragen.”

Hieruit volgt dat de minister van Justitie niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperkingen van het vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen. De beslissing op

bezwaar van de minister van Justitie, voor zover betrekking hebbend op de weigering van de vergunning, is volgens de AbRvS dan ook in zoverre onvoldoende gemotiveerd. Dit leidt tot het volgende eindoordeel:

“2.7. (...) Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 25 juli 2005 van de Minister alsnog gegrond verklaren en dit besluit, voor zover betrekking hebbend op de geweigerde vergunning voor een zelfstandige loterij, vernietigen. De Minister dient met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen opnieuw op het bezwaar te beslissen.”

2.10 Blijkens een artikel in de NRC van 9 februari 2008 (“Europese hof buigt zich over gokwet”) is de AbRvS voornemens prejudiciële vragen te stellen in een aanhangig hoger beroep in een geschil tussen Betfair en de Staat (zie ook rechtbank Den Haag 8 december 2006, LJN AZ6335).⁴⁴ Inzet van dat geschil is, nog steeds blijkens genoemd artikel, onder meer de vraag of een gokbedrijf met een vergunning in de ene lidstaat in een andere lidstaat mag worden geweigerd en of het regime van automatische verlenging van de vergunningen van de huidige (één)vergunninghouders voor de betrokken kansspelen met uitsluiting van andere aanbieders zich met het gemeenschapsrecht verdraagt. De AbRvS heeft tot op de dag van deze conclusie op het bedoelde hoger beroep nog geen uitspraak gedaan.

2.11 Ten slotte vermeld ik dat ook in de feitenrechtspraak de problematiek van het nationale kansspelbeleid nog volop aan de orde is. Zo bevestigde de rechtbank Utrecht in een vonnis van 19 maart 2008 naar aanleiding van een daartegen gedaan verzet het op 5 oktober 2007 door de voorzieningenrechter van die rechtbank in kort geding gewezen vonnis, waarbij het de gedaagde partijen Unibet International, Unibet Group en Unibet Antigua op vordering van de Lotto werd geboden om met onmiddellijke ingang deelname aan kansspelen en sportprijsvragen via internet of anderszins, die op enigerlei wijze rechtstreeks door die partijen of door middel van een op enigerlei wijze met hen verbonden (rechts)persoon zonder vergunning in Nederland worden aangeboden, voor ingezetenen in Nederland onmogelijk te maken.⁴⁵

Overig

2.12 Ook buiten het gebied van de rechtspraak hebben zich enkele vermeldenswaardige ontwikkelingen voorgedaan.

44. Zie daarover ook de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30362 J, p. 1.

45. LJN BC7139.

2.13 Zo is op 14 november 2005 bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet (30 362) ingediend.⁴⁶ Het wetsvoorstel beoogt bij wijze van proef het organiseren van kansspelen via internet mogelijk te maken (de huidige Wok voorziet daarin niet), waarmee een legaal en betrouwbaar alternatief zou moeten ontstaan voor niet-gereguleerde (illegale) kansspelsites. De memorie van toelichting⁴⁷ omschrijft het doel van het wetsvoorstel als volgt: “Om beheerst en gecontroleerd ervaring op te doen met kansspelaanbod via internet en inzicht te krijgen in de effecten daarvan zal een proef plaatsvinden met het legaal organiseren van kansspelen via internet met een beperkt aanbod van kansspelen via internet door één aanbieder.” Bij de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer is meermalen aandacht gevraagd voor de vraag naar de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met (de vrijheden van) het gemeenschapsrecht. De minister van Justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat het wetsvoorstel verenigbaar is met art. 49 EG, omdat de beperking op het vrij verkeer van diensten die uit het voorstel voortvloeit, past binnen de door het HvJ EG voor een rechtvaardiging daarvan aangegeven kaders.⁴⁸ Op 1 april 2008 is het wetsvoorstel door de Eerste Kamer verworpen, echter niet op de grond dat de Eerste Kamer (op grond van Europeesrechtelijke overwegingen) een liberalisatie van via internet aangeboden kansspelen zou voorstaan.⁴⁹

2.14 Los van het hiervóór (onder 2.13) genoemde wetsvoorstel is een algehele herziening van de Wok in voorbereiding. Op de website van het Ministerie van Justitie is inmiddels een voorontwerp van een nieuwe Wet op de kansspelen gepubliceerd.⁵⁰

46. Dit wetsvoorstel maakte ook een wijziging van de Wet op de kansspelbelasting noodzakelijk: zie wetsvoorstel 30 583, van 6 juni 2006, tot wijziging van de Wet op de kansspelbelasting in verband met kansspelen via internet.

47. Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3, p. 1.

48. Zie laatstelijk de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J.

49. Nadat de stemming over het wetsvoorstel op verzoek van de minister van Justitie was uitgesteld (zie de brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Eerste Kamer van 4 februari 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30362 H, en het antwoord van 5 februari 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 I.) en de minister van Justitie de Eerste Kamer bij brief van 4 maart 2008, Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, nader over de betekenis van het wetsvoorstel voor het handhavingsbeleid had geïnformeerd, heeft de Eerste Kamer in haar vergadering van 1 april 2008 het wetsvoorstel blijkens het op de website van de Eerste Kamer gepubliceerde (ongecorrigeerde) stenogram verworpen. De blijkens dat stenogram afgelegde stemverklaringen wijzen allerm minst erop dat een versoepeling van het kansspelbeleid wordt voorgestaan; een aantal leden van de Eerste Kamer lijkt veeler tot een algeheel verbod van over internet aan te bieden kansspelen geneigd.

50. Zie www.justitie.nl/onderwerpen/opsporing%5Fen%5Fhandhaving/kansspelen/. Zie over de algehele herziening van de Wok voorts de vijfde voortgangsrapportage (brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76), onder 2.

2.15 Op 15 februari 2006 is de gedrags- en reclamecode kansspelen in werking getreden.⁵¹ Het doel van de gedrags- en reclamecode kansspelen is te komen tot een restrictiever wervings- en reclamebeleid van kansspelvergunninghouders. Het toezicht op de naleving van de code berust bij de Reclame Code Commissie. De minister van Justitie schrijft in zijn brief ter aanbieding van de gedrags- en reclamecode aan de Tweede Kamer dat “(d)e kansspelvergunninghouders verwachten dat de dalende trend in de reclame-uitgaven voor 2004 ten opzichte van 2002 (minus 9%) zich in 2005 zal doorzetten. Zij hebben de intentie deze trend ook voor volgende jaren voort te zetten.” De gedrags- en reclamecode kansspelen zal worden geëvalueerd; zo nodig zal de code naar aanleiding van deze evaluatie worden aangescherpt.⁵²

2.16 Op 13 juli 2007 heeft de minister van Justitie de vijfde voortgangsrapportage over het kansspelbeleid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden.⁵³ Daarin omschrijft de minister (onder 3) het doel van het kansspelbeleid als: “het reguleren en beheersen van kansspelen, met bijzondere aandacht voor het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit.”

In de rapportage wordt onder meer herinnerd aan de op 17 november 2005 aan de Tweede Kamer aangeboden resultaten van een grootschalig onderzoek naar aard en omvang van kansspelverslaving in Nederland,⁵⁴ waaruit blijkt dat het aantal verslaafden op circa 40.000, en het aantal risicospelers op ongeveer 76.000 moet worden geschat. Volgens de voortgangsrapportage baren deze cijfers, hoewel zij een positiever beeld vertonen dan eerdere ramingen, zorgen. De problemen waarmee kansspelverslaafden en hun directe omgeving kampen en de daaraan gerelateerde gevolgen op sociaal-maatschappelijk en justitieel gebied vergen volgens de voortgangsrapportage een actieve voortzetting van het preventiebeleid ter voorkoming en beperking van kansspelverslaving.

Ook wordt in de rapportage (onder 5) ingegaan op de Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Ondanks de in april 2006 aan een zevental lidstaten (waaronder Nederland) gezonden “letters of formal notice” (zie daarover nader onder 2.17), komt de minister van Justitie in de voortgangsrapportage tot de conclusie dat “(...) kan worden vastgesteld dat het Nederlandse kansspelbeleid in lijn is met het Europese recht.”⁵⁵

51. Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 68.

52. Zie daarover de vijfde voortgangsrapportage (brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76), onder 3.4. Over de tot dan gerealiseerde beperking van de reclame- en wervingsactiviteiten schrijft de minister overigens: “De wervings- en reclamekosten van de landelijke vergunninghouders zijn de laatste jaren sterk afgenomen. Uit een recente tussenrapportage van de landelijke vergunninghouders blijken de gezamenlijke reclame-uitgaven voor het vierde achtereenvolgende jaar gedaald te zijn. Ook als percentage van de omzet zijn de bestedingen voor de vierde keer gedaald, tot 4,1% van de gezamenlijke omzet in 2006. Vergeleken met 2002 betekent dit een vermindering met bijna een vijfde. Bijgevoegd treft u de rapportage reclame-uitgaven kanspelersaanbieders 2002-2006 aan.”

53. Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 76.

54. Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 63.

55. P. 9.

2.17 Zoals hiervoor (onder 2.16) al aan de orde kwam, heeft de Europese Commissie in april 2006 een zevental lidstaten een ingebrekestelling gezonden. In de ingebrekestelling, gericht aan de Nederlandse regering, heeft de Commissie betoogd dat de Wok, althans een aantal bepalingen daarvan, met art. 49 EG in strijd is. Volgens de Commissie overtreedt Nederland het gemeenschapsrecht door beperkingen op te leggen ter zake van het bieden van gelegenheid tot en het bevorderen van deelneming aan kansspelen, tenzij de bevoegde autoriteiten hiervoor op grond van de Wok een vergunning hebben verleend, óók als de beoogde aanbieder van kansspelen in een andere lidstaat is gevestigd en daar reeds over een vergunning beschikt. In haar schriftelijke reactie van 12 juli 2006⁵⁶ merkt de Nederlandse regering onder andere op dat de wijze van regulering van kansspelen tot de beleidsruimte van de lidstaten behoort en dat de beperkingen op het vrij verkeer van diensten als gevolg van het Nederlandse kansspelvergunningstelsel binnen de door het HvJ EG aangegeven kaders passen. Voorts is de Nederlandse regering van oordeel dat deze beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn en dat van een samenhangende en stelselmatige wijze van regulering van kansspelen in Nederland sprake is.

In maart 2007 heeft de Europese Commissie de Nederlandse regering een aanvullende aanmaningsbrief gezonden. Daarin wordt herhaald dat Nederland met het gevoerde kansspelbeleid in strijd met art. 49 EG handelt. Hierop is door de minister van Justitie gereageerd bij brief van 13 juli 2007.⁵⁷ In zijn reactie blijft de minister van Justitie benadrukken dat de Nederlandse wetgeving en de toepassing ervan in overeenstemming zijn met art. 49 EG en dat van strijdigheid met het gemeenschapsrecht geen sprake is.

Op 28 februari 2008 heeft de Europese Commissie het in art. 226 EG bedoelde, met redenen omklede advies aan de Nederlandse regering uitgebracht. Indien het advies niet binnen de gestelde termijn (van twee maanden) wordt opgevolgd, kan de Commissie de zaak bij het HvJ EG aanhangig maken (art. 226, tweede volzin, EG). Het met redenen omklede advies is niet openbaar gemaakt. In het ter zake door de Commissie uitgegeven persbericht⁵⁸ wordt onder meer het volgende opgemerkt:

“Het besluit van de Commissie om een onderzoek in te stellen naar de verenigbaarheid van de betrokken maatregelen met de EU-wetgeving is gebaseerd op klachten van een aantal aanbieders van kansspeldiensten en op door de diensten van de Commissie ingewonnen informatie.

De klachten tegen Griekenland houden verband met het feit dat aanbieders aan wie in een andere lidstaat op wettelijk voorgeschreven wijze vergunning is verleend, in Griekenland geen sportwedenschappen en andere kansspelen

56. Zie Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 74. De brief van 12 juli 2006 is overigens ook via de website van het Ministerie van Justitie te raadplegen.

57. Zie Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 77.

58. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/330&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>.

mogen aanbieden. Er bestaan ook restricties ten aanzien van het promoten van of reclame maken voor de diensten in kwestie en de deelname van Griekse burgers aan kansspelen.

Het onderzoek tegen Nederland heeft alleen betrekking op het aanbieden van en het bevorderen van deelneming aan sportprijsvragen.

Het Europees Hof van Justitie heeft in het verleden ten aanzien van de beperking van gokactiviteiten al gesteld dat restricties ter bescherming van het algemeen belang, zoals consumentenbelangen, alleen op “samenhangende en stelselmatige” wijze mogen worden toegepast. Een lidstaat kan dus niet aanvoeren dat burgers van gokken moeten worden afgehouden en hen er tegelijkertijd toe aanzetten mee te doen aan staatsloterijen, kansspelen of weddenschappen die de eigen schatkist spekken.

Volgens de Commissie tonen de recente invoering in zowel Griekenland als Nederland van nieuwe verslavende kansspelen, de intensieve en toenemende reclame voor kansspelen en de afwezigheid van concrete maatregelen ter bestrijding van gokverslaving duidelijk aan dat er geen sprake is van een samenhangend en stelselmatig beleid dat erop gericht is de gelegenheden tot gokken echt te beperken.”

In zijn brief aan de Eerste Kamer van 4 maart 2008⁵⁹ merkt de minister van Justitie daarover op:

“Op 28 februari 2008 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarop Nederland binnen twee maanden kan reageren. Van die reactie zal ik u een afschrift doen toekomen.”

En, mede naar aanleiding van recente ingebrekestellingen van Zweden en Duitsland:⁶⁰

“De kritiek van de Commissie richt zich over het algemeen niet zozeer op het al dan niet bestaan van legaal aanbod in een lidstaat zelf, maar vooral op het niet accepteren van legaal buitenlands aanbod. Niet uitgesloten moet worden dat het uitgangspunt van wederzijdse erkenning ook weer ten grondslag ligt aan de nieuwe ingebrekestellingen. In dat geval is de kans reëel dat het legale alternatief voor kansspelen via internet in Zweden en het totaalverbod voor kansspelaanbod via internet in Duitsland op basis van dezelfde argumenten door de Commissie worden betwist.

Beginsel van wederzijdse erkenning

De nieuwe ingebrekestellingen voor Zweden en Duitsland lijken er dus eens te meer op te duiden dat de Commissie pas genoeg zal nemen met wetgeving waarin de erkenning van legaal buitenlands aanbod het uitgangspunt is.

59. Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 2.

60. Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 5.

In het onderhavige wetsvoorstel is dit niet het geval. Mijns inziens is er echter bij de huidige stand van de Hofjurisprudentie geen enkele aanwijzing dat het beginsel van wederzijdse erkenning een rol speelt bij de regulering van kansspelen. Dit standpunt heb ik ook ingenomen in mijn reacties op de ingebrekestellingen aan de Commissie, die beide in afschrift aan de Tweede Kamer zijn gestuurd (Kamerstukken II 2005/06, 24 557, nr. 74 en Kamerstukken II 2006/07, 24 557, nr. 77).

Het Hof heeft in al zijn uitspraken de nationale beleidsruimte van de lidstaten om een kansspelbeleid te voeren steeds voorop gezet. De benadering van de Commissie dat buitenlands legaal aanbod erkend dient te worden, leidt tot ondermijning van de beleidsruimte van de lidstaten, alleen al omdat de omvang van het aanbod dan niet meer beperkt kan worden als aanbod uit andere lidstaten moet worden toegestaan. Het tijdelijke karakter van de in het wetsvoorstel vervatte proef brengt mee dat met een eventuele andersluidende jurisprudentie van het Hof tijdig rekening kan worden gehouden.”

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Ladbrokes heeft één middel van cassatie voorgesteld. Dat middel omvat negen onderdelen, genummerd I t/m IX.

3.2 Onderdeel I keert zich tegen rov. 4.3, waarin het hof de vraag naar de strijdigheid van het handelen van Ladbrokes met art. 1, aanhef en onder a, Wok als volgt heeft beoordeeld:

“In het onderhavige hoger beroep is de meest ver strekkende vraag of Ladbrokes door op haar website www.ladbrokes.com kansspelen aan te bieden, in strijd met artikel 1, aanhef en onder a, Wok handelt, meer in het bijzonder of Ladbrokes door de wijze waarop zij vanuit het Verenigd Koninkrijk via internet op haar voornoemde website kansspelen aanbiedt, handelt in strijd met het verbod als vervat in die bepaling om in Nederland “gelegenheid te geven” tot deelneming aan kansspelen. Bij de beoordeling van deze vraag – die bevestigend moet worden beantwoord – stelt het hof voorop dat doel en strekking van die bepaling tot een ruime uitleg van dat begrip nopen. De verwezenlijking van de aan deze bepaling ten grondslag liggende doelstellingen zou ernstig worden bemoeilijkt wanneer de vanuit Nederland geopende mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet wel en de vanuit het buitenland geopende, mede op potentiële deelnemers in Nederland gerichte mogelijkheid tot deelneming aan kansspelen via internet niet zou kunnen worden gekwalificeerd als gelegenheid geven in de zin van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat – naar (ook) in de onderhavige procedure is komen vast te staan – software is ontwikkeld die de aanbieder van kansspelen via internet in staat stelt deelneming aan kansspelen vanuit bepaalde landen onmogelijk te maken. Gelet op dit een en ander moet worden aanvaard dat van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin

sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. In dit verband is voldoende dat de website waarop de gelegenheid tot deelneming wordt geboden niet met gebruikmaking van de hiervóór bedoelde software de deelneming aan kansspelen onmogelijk maakt en blijkens haar inrichting mede is gericht op potentiële deelnemers in Nederland, hetgeen reeds het geval is indien Nederland is vermeld in een op de website voorkomende lijst van landen van waaruit aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen. Bij het voorgaande is zonder belang vanuit welk land de kansspelen worden georganiseerd, waar de kansspelovereenkomst totstandkomt en welk recht op de kansspelovereenkomst van toepassing is (vgl. HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404).”

3.3 Het onderdeel betoogt (onder 1) dat het hof aldus rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld, omdat de door het hof gegeven uitleg van de Wok (c.q. het op die uitleg gebaseerde bevel van de rechtbank) aan een ingezetene van Nederland de mogelijkheid onthoudt door middel van internet in het Verenigd Koninkrijk ter zake van een daar georganiseerd kansspel een kansspelovereenkomst aan te gaan en zulks met art. 49 EG in strijd is. Volgens het onderdeel (onder 2) dient de nationale rechter zich te onthouden van een uitleg van nationale wetgeving die met het gemeenschapsrecht (en meer in het bijzonder met art. 49 EG) in strijd is, en is dit slechts dan anders, als zulk een uitleg (absoluut) noodzakelijk is om dwingende redenen van algemeen belang. Voor het geval het hof heeft geoordeeld dat zijn uitleg niet met art. 49 EG conflicteert, betoogt het onderdeel (onder 3) dat het oordeel van het hof niet of onvoldoende is gemotiveerd, hetgeen te meer zou klemmen in het licht van de in de cassatiedagvaarding onder (i)-(xxxv) opgesomde feiten en omstandigheden.

3.4 Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden.

Mede gelet op de drie, in rov. 4.2 onderscheiden vragen, heeft het hof zich in rov. 4.3 beperkt tot de vraag waartoe art. 1, aanhef en onder a, Wok, louter en alleen bezien in zijn nationaalrechtelijke context, strekt, en zich daarbij een oordeel over de verenigbaarheid (en over de consequenties van een eventuele onverenigbaarheid) van die bepaling met art. 49 EG voorbehouden. Die benadering geeft niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk en is evenmin onbegrijpelijk. Nog daargelaten dat het de nationale rechter, anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, niet verboden is vast te stellen dat een nationale bepaling een betekenis toekomt die met het gemeenschapsrecht conflicteert (in welk verband moet worden bedacht dat een verdragsconforme uitleg van nationale wetgeving niet steeds mogelijk is en dat de nationale rechter, ook langs andere wegen dan door verdragsconforme uitleg, in het geval van een door hem vastgesteld conflict van een nationaal voorschrift met het gemeenschapsrecht redres kan bieden, en wel door de betrokken nationale bepaling buiten toepassing te laten of door de nationale

overheid aansprakelijk te houden op de voet van de Francovich-rechtspraak),⁶¹ was in de door het hof gevolgde benadering geenszins uitgesloten dat het hof, indien het strijd van art. 1, aanhef en onder a, Wok met het gemeenschapsrecht zou hebben vastgesteld, alsnog naar een verdragsconforme toepassing van die bepaling zou hebben gezocht.

Overigens wijs ik erop dat de uitleg die het hof aan art. 1, aanhef en onder a, Wok heeft gegeven, in overeenstemming is met HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM, waarin de Hoge Raad (in rov. 3.3.3) oordeelde dat “(...) moet worden aanvaard dan van hier te lande gelegenheid geven in evenbedoelde zin (van art. 1, aanhef en onder a, Wok; LK) sprake is wanneer via internet door middel van een mede op Nederland gerichte website de toegang tot kansspelen wordt geboden aan potentiële deelnemers in Nederland en dezen via hun computer rechtstreeks aan het spel kunnen deelnemen, dat wil zeggen zonder dat andere handelingen zijn vereist dan die op de computer kunnen worden verricht. (...)”.

3.5 Onderdeel II komt op tegen rov. 4.7, laatste volzin, van het bestreden arrest, waarin het hof bij de beantwoording van de vraag of de beperking van het vrij dienstenverkeer die – naar tussen partijen niet in geschil is – uit de toepassing van art. 1, aanhef en onder a, Wok op het aanbieden door Ladbrokes van kansspelen in Nederland via internet voortvloeit, in het onderhavige geval met art. 49 EG in strijd is, onder meer het volgende heeft overwogen:

“(...) Voorts dienen de beperkingen in elk geval te beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, mag de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit de toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn en dienen de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (zie het zojuist aangehaalde arrest Gambelli, punt 62, respectievelijk HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15).”

3.6 In de eerste plaats bestrijdt het onderdeel (onder 5) dat naast de eerstgenoemde twee omstandigheden in rov. 4.7, laatste volzin (te weten dat i) de beperkingen van het vrij verkeer van diensten in elk geval moeten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en ii) de financiering van sociale activiteiten uit de inkomsten uit toegelaten spelen slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoer-

61. De rechtspraak, ingeleid met HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), Jurispr. 1991, p. I-5357, NJ 1994, 2.

de beleid mag zijn), de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid dienen te beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers, en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde. Immers, zo vervolgt de klacht, (alleen) de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen (en dus niet: dienen te) rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde. Deze beoordelingsvrijheid is volgens de klacht echter ondergeschikt aan en moet niet worden afgewogen tegen het voor een rechtvaardiging van de inbreuk op het beginsel van het vrij verkeer van diensten noodzakelijke “echt” verminderen van de gelegenheden om te spelen en de overige voor de bedoelde rechtvaardiging in het Gambelli-arrest genoemde vereisten.

3.7 Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat de door het onderdeel bedoelde beoordelingsvrijheid van de lidstaten bij de nationale regulering van kansspelactiviteiten, welke beoordelingsvrijheid het hof in rov. 4.7 overigens terecht heeft betrokken op de bepaling “wat noodzakelijk is voor de bescherming van de spelers en, meer in het algemeen, rekening houdend met de sociale en culturele bijzonderheden van iedere lidstaat, voor de bescherming van de maatschappelijke orde, zowel met betrekking tot de organisatie van loterijen en de hoogte van de inleg als met betrekking tot de bestemming van de opbrengsten ervan (...)”,⁶² blijkens de rechtspraak van het HvJ EG een gegeven is, dat op zichzelf geen nadere rechtvaardiging behoeft.⁶³ In dat verband komt mijns inziens geen betekenis toe aan het feit dat het HvJ EG in (punt 63 van) het Gambelli-arrest heeft overwogen dat “(...) de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving van kansspelen en weddenschappen kunnen rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde”⁶⁴ (onderstreping toegevoegd; LK). In alle eerdere

62. HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 14; HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15; HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63; HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 47.

63. Dat is kennelijk ook de opvatting van de AbRvS. Zie AbRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans, rov. 2.6.2.4: “Uit het in punt 2.6 weergegeven toetsingskader blijkt dat de lidstaten ten aanzien van kansspelen over de beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde. Hieruit volgt dat de nationale autoriteiten dienen te beoordelen of het voor het aldus nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controle maatregelen te treffen. (...)”

64. Vgl. in dit verband ook de tekst van HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 47.

arresten, waarvan het HvJ EG in het Gambelli-arrest geen afstand heeft genomen (en waarnaar het in punt 63 van het Gambelli-arrest juist uitdrukkelijk heeft verwezen),⁶⁵ heeft het HvJ EG consequent de (ook door het hof in de bestreden passage gebruikte) formulering “dienen (...) over voldoende beoordelingsvrijheid te beschikken” gehanteerd (onderstreping toegevoegd; LK). Dat de lidstaten bij het bepalen van een gewenst beschermingsniveau (en de wijze waarop dit niveau moet worden bereikt) een ruime beoordelingsvrijheid toekomt, is in de rechtspraak van het HvJ EG (ook buiten de sfeer van de regulering van kansspelactiviteiten) overigens algemeen aanvaard; zie bijvoorbeeld, in verband met de bescherming van de volksgezondheid, HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02 (Bacardi France), Jurispr. 2004, p. I-6613, NJ 2005, 179, m.nt. MRM, punten 40 en 41:

“40 Met betrekking tot het enige door Bacardi aangevoerde argument dat in het vandaag gewezen arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, niet is onderzocht, namelijk dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde televisiereclameregeling onsamenhangend is omdat zij niet ziet op reclame voor alcoholhoudende dranken die op de achtergrond van filmdecors te zien is, volstaat het te antwoorden dat deze keuze behoort tot de beoordelingsvrijheid van de lidstaten, die zelf beslissen in welke mate zij de volksgezondheid willen beschermen en hoe dit moet worden bereikt (zie arrest Aragonese de Publicidad Exterior en Publivia, reeds aangehaald, punt 16).

41 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 59 van het Verdrag zich niet ertegen verzet dat een lidstaat verbiedt dat op televisie reclame voor in deze lidstaat verhandelde alcoholhoudende dranken wordt gemaakt in de vorm van indirecte televisiereclame die ontstaat doordat op het scherm reclameborden te zien zijn bij de doorgifte van binationale sportevenementen die in andere lidstaten plaatsvinden.”

Voor zover het onderdeel van een andere opvatting uitgaat, kan het niet tot cassatie leiden.

3.8 Voor zover het onderdeel betoogt dat de bedoelde beoordelingsvrijheid ondergeschikt is aan de overige vereisten die het HvJ EG met het oog op een mogelijke rechtvaardiging van de uit een nationale regulering van kansspelactiviteiten voortvloeiende beperkingen stelt, kan het evenmin tot cassatie leiden.

In de rechtspraak van het HvJ EG ligt niet besloten dat de bedoelde beoordelingsvrijheid aan de door het HvJ EG gestelde vereisten ondergeschikt is; de door het HvJ EG gestelde vereisten komen eerst aan de orde, nadat de lidstaten,

65. HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 14; HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 15.

gebruik makende van hun beoordelingsvrijheid, het gewenste beschermingsniveau en de wijze waarop dit niveau dient te worden gerealiseerd, hebben bepaald. Weliswaar gelden de bedoelde vereisten vervolgens onverkort voor de beperkingen, voortvloeiend uit de keuzes die de lidstaten, gebruik makende van hun beoordelingsvrijheid, in dat verband hebben gemaakt, maar dat maakt niet dat die beoordelingsvrijheid aan de bedoelde vereisten ondergeschikt zou zijn. Het hof heeft overigens niet miskend dat de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten niet aan de onverkorte gelding van de bedoelde vereisten in de weg staat. Dat het hof de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten heeft gereleveerd, (in de woorden van het onderdeel:) “naast (en in nevenschikking aan: vide het woord “en” in de twaalfde regel van pag. 8 van het arrest)“, impliceert niet dat in de opvatting van het hof de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten in enig opzicht aan de gelding van de bedoelde vereisten zou afdoen.

3.9 Onder 6 vervolgt het onderdeel met de klacht dat rov. 4.7 eveneens onjuist, onvolledig dan wel onbegrijpelijk is, omdat bij de vraag of de toepassing van de nationale wetgeving (in casu art. 1, aanhef en onder a, Wok) tot ongerechtvaardigde beperkingen van het vrij verkeer van diensten leidt, de nationale autoriteiten (in dit geval: het hof) niet alleen behoren te onderzoeken of de beperking van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel en zonder discriminatie wordt toegepast, maar ook behoren te onderzoeken of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen beantwoordt en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn, terwijl uit het arrest niet (begrijpelijk) blijkt dat een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden. Een en ander betekent volgens het onderdeel (onder 7) dat het hof ook had moeten beoordelen of de wijze waarop de nationale wetgeving in het concrete geval wordt toegepast respectievelijk de getroffen maatregel (het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk voor Nederlandse ingezetenen) onder de concrete (in onderdeel I genoemde) omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoorden aan respectievelijk noodzakelijk zijn voor het bereiken van de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en gelet op die doelstellingen niet onevenredig zijn, waarbij het hof met name rekening had moeten houden met i) het feit dat de getroffen maatregel op grond van fraudebestrijding niet was gerechtvaardigd omdat Ladbrokes in de lidstaat waar zij is gevestigd en alwaar Nederlandse ingezetenen de kansspelovereenkomst met haar aangaan, onder een bestuurlijk stelsel van toezicht en sancties valt (teneinde onder meer fraude te voorkomen), ii) het feit dat door vele onafhankelijke organisaties is aangetoond dat “long odds” weddenschappen op sportwedstrijden in het geheel niet verslavend werken, en dat uit het rapport over gokverslaving (prod. 102 van de Lotto) niet blijkt dat sportweddenschappen enig reëel verslavingsrisico met zich brengen en iii) het feit dat met betrekking tot de (mogelijkheid van) fraude respectievelijk (van) gokverslaving de Lotto geen enkel bewijs heeft bijgebracht. Volgens het onderdeel (onder 8) zou uit het arrest niet (duidelijk) blijken dat het

hof bij zijn oordeelsvorming op de hierboven geschetste wijze te werk is gegaan, zodat de aangevallen rov. 4.7 (respectievelijk het arrest en de daarin vervatte beslissing) rechtens onjuist althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is.

3.10 Met deze klacht zoekt het onderdeel aansluiting bij punt 75 van HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, waarin het HvJ EG heeft overwogen dat “(h)et (...) aan de verwijzende rechter (staat) na te gaan of de nationale regeling, gelet op de wijze waarop zij in concreto wordt toegepast, daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en of de uit die regeling voortvloeiende beperkingen, gelet op deze doelstellingen, niet onevenredig zijn.” Met deze overweging heeft het HvJ EG naar mijn mening niet bedoeld de nationale rechter een andere en verdergaande toets op te leggen dan in de voorgaande punten van het Gambelli-arrest reeds ligt besloten. Waar het HvJ EG in punt 75 spreekt van de wijze waarop de nationale regeling “in concreto wordt toegepast”, refereert het onmiskenbaar aan de in de zaak Gambelli door de nationale rechter vastgestelde discrepantie tussen de pretenties van de nationale regeling en het met die pretenties strijdige beleid van de nationale overheid dat op een sterke uitbreiding van kansspelen en weddenschappen was gericht. Daarbij gaat het mijns inziens om geen andere toets dan die of de in de nationale regeling vervatte beperkingen daadwerkelijk ertoe bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt. In de punten 67-69 van het Gambelli-arrest heeft het HvJ EG overwogen:

“67. Ofschoon het Hof in de reeds aangehaalde arresten Schindler, Läära e.a. en Zenatti heeft aanvaard dat de beperkingen van activiteiten met betrekking tot weddenschappen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord, is om te beginnen vereist dat de beperkingen die op dergelijke gronden en op het noodzakelijke voorkomen van maatschappelijke problemen zijn gebaseerd, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken, dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt.

68. Dienaangaande heeft de verwijzende rechter onder verwijzing naar de voorbereidende werken van wet nr. 388/00 opgemerkt dat de Italiaanse staat, om geldmiddelen te verwerven, op nationaal vlak een beleid van sterke uitbreiding van de kansspelen en weddenschappen voert, waarbij hij de concessiehouders van het CONI beschermt.

69. Welnu, wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschappen opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de

autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding.”

Het hof kan mijns inziens niet worden verweten buiten beschouwing te hebben gelaten hoe (in vorenbedoelde zin) de nationale regeling “in concreto wordt toegepast”. Ik wijs in het bijzonder op de rov. 4.14-4.15, waarin het hof de stellingen van Ladbrokes met betrekking tot “het Nederlandse kansspelbeleid in de praktijk” (dat op het maximaliseren van de inkomsten van de overheid en op een uitbreiding van het kansspelaanbod in Nederland zou zijn gericht) heeft besproken en verworpen. In zoverre kan het onderdeel niet tot cassatie leiden.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat de nationale rechter is gehouden tot een verdergaande toets, en wel in die zin dat (ook) ten aanzien van elke, in een concreet geval op te leggen maatregel (in casu een gebod tot het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen) zal moeten worden aangetoond dat hij op zichzelf en daadwerkelijk aan verwezenlijking van de door de nationale regeling nagestreefde doelstellingen bijdraagt, berust het op een rechtsopvatting die niet uit het Gambelli-arrest voortvloeit en overigens ook niet kan worden aanvaard. Het HvJ EG heeft geoordeeld dat de nationale regeling en de daarin vervatte beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt. Dat oordeel verdraagt zich niet met de door het onderdeel in wezen gevolgde benadering, volgens welke iedere afzonderlijke (uitvoerings)maatregel moet worden gerechtvaardigd aan de hand van de daarmee op zichzelf bereikte effecten. Een dergelijke benadering zou de betrokken nationale regeling ook onuitvoerbaar maken; zij impliceert immers dat marktdeelnemers zoals Ladbrokes zich aan de werking (en de toezichtmechanismen) van de betrokken nationale regeling zouden kunnen onttrekken, zolang in hun geval (het risico van) fraude en de (gok)verslavende werking van de door hen (op enig moment) aangeboden kansspelen niet zijn bewezen.

Bij dit alles komt dat het onderdeel is toegespitst op het in de onderhavige zaak langs civielrechtelijke weg opgelegde rechterlijke gebod (zie de cassatiedagvaarding onder 7). Dit gebod kan niet zonder meer als een toepassing in concreto van de Wok worden opgevat. Het gebod is opgelegd om een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad te beëindigen c.q. te voorkomen. Weliswaar is er een verband met de door Ladbrokes gepleegde overtreding van de Wok, maar de toewijsbaarheid van een maatregel tot beëindiging c.q. het voorkomen van een onrechtmatig handelen, gelegen in overtreding van een civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, kan bezwaarlijk afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat daarmee óók de doelstellingen van het door de laedens (mede) overtreden publiekrechtelijke voorschrift aantoonbaar en positief worden gediend.

3.11 Onderdeel III komt op tegen de rov. 4.8 en 4.9, waarin het hof het betoog van Ladbrokes dat art. 49 EG rechtstreeks op de feitelijk aan Ladbrokes opgelegde beperking (de verplichting haar Engelse website te blokkeren voor Nederlandse

ingezetenen) moet worden toegepast en dat de criteria uit het Gambelli-arrest (met name punt 75) onder meer meebrengen dat bij toepassing van dat arrest moet worden getoetst of de (in een bepaald geval) concreet opgelegde beperkingen, gelet op de doelstellingen die de lidstaat nastreeft, noodzakelijk en proportioneel zijn, heeft verworpen. Het onderdeel betoogt dat rov. 4.9 onjuist althans onbegrijpelijk is, omdat, kort gezegd, i) het hof daarmee heeft miskend dat art. 49 EG een verdragsbepaling is die voorrang heeft boven de nationale bepalingen van de Wok en/of ii) het hof bij zijn beslissing uit het oog heeft verloren dat niet alleen van belang is of art. 1, aanhef en onder a, Wok (in abstracto) in strijd is met art. 49 EG (zgn. eerste Gambelli-criterium), maar óók of de concrete, in het onderhavige geval opgelegde maatregel (die bovendien niet, althans niet alleen op art. 1, aanhef en onder a, Wok, maar ook op het beweerdelijk onrechtmatig handelen van Ladbrokes in de zin van art. 6:162 BW is gebaseerd) met art. 49 EG in strijd is (toetsing aan het zgn. derde Gambelli-criterium).

3.12 Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat uit niets blijkt dat het hof de voorrang van art. 49 EG zou hebben miskend. Het is evident dat de Wok, in geval van strijd met art. 49 EG, óók in de benadering van het hof voor die verdragsbepaling dient te wijken.

De vraag die het onderdeel overigens aan de orde stelt, betreft niet zozeer de toepasselijkheid en de voorrang van art. 49 EG, als wel de vraag op welk niveau de uit die bepaling voor een nationale regulering van kansspelactiviteiten voortvloeiende eisen gelden: betreffen die eisen de nationale regeling als zodanig, of moeten zij (ook) aan iedere afzonderlijke (uitvoerings)maatregel worden gesteld? Het hof heeft mijns inziens terecht voor de eerste benadering gekozen. Indien een nationale regeling – die overeenkomstig haar pretenties wordt toegepast – een toets aan de uit art. 49 EG voortvloeiende eisen doorstaat, “dekt” dat mede de binnen het kader van die regeling vallende uitvoeringsmaatregelen, zodat die maatregelen als zodanig geen (nadere) rechtvaardiging onder art. 49 EG behoeven. Bij de bespreking van het vorige onderdeel kwam al aan de orde, dat een tegengestelde rechtsopvatting niet uit het Gambelli-arrest kan worden afgeleid en evenmin kan worden aanvaard. Tevens kwam al aan de orde dat, waar de in concreto getroffen maatregel (het gebod de Engelse website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen ontoegankelijk te maken) ertoe strekt een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad te beëindigen c.q. te voorkomen, de toewijsbaarheid van die maatregel bezwaarlijk afhankelijk kan worden gesteld van de eis dat daarmee (ook) de doelstellingen van de Wok aantoonbaar en positief worden gediend. Overigens moet worden betwijfeld of art. 49 EG horizontale werking toekomt in die zin, dat die (tot de lidstaten gerichte) bepaling in de weg kan staan aan een in een civiel geschil tussen particuliere marktdeelnemers als de Lotto en Ladbrokes te treffen en op beëindiging c.q. het voorkomen van een onrechtmatige daad gerichte (rechterlijke) voorziening.

3.13 Onderdeel IV is gericht tegen rov. 4.10. Daarin heeft het hof als volgt overwogen:

“4.10 Voor zover Ladbrokes haar overige stellingen in dit verband op het onder 4.8 bedoelde betoog – zoals hiervoor door het hof begrepen – heeft gebaseerd, stuiten deze op het voorgaande af. Waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat de rechtbank in het geheel niet heeft “overwogen of de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht” en in plaats daarvan “slechts in[gaat] op de vraag of de Wet op de Kansspelen (WoK) strookt met Europees recht” (dagvaarding in appèl onder 3.32), miskent zij dat de door de rechtbank opgelegde “handelsbarrière” is gebaseerd op (het door de Nederlandse rechter in beginsel toe te passen) artikel 1, aanhef en onder a, Wok en dat, als de in die bepaling van de Wok vervatte beperkingen op artikel 49 EG geen strijd met dat artikel opleveren, daarmee tevens vaststaat dat “de onderhavige handelsbarrière voldoet aan de eisen van Europees recht”. En waar Ladbrokes bijvoorbeeld stelt dat zij “de rechtbank nimmer [heeft] verzocht te verklaren dat artikel 1 WoK als zodanig strijdt met artikel 49 EG” (dagvaarding in appèl onder 3.34), miskent zij dat de Nederlandse rechter zich bij de vraag, welke bepaling(en) hij op een concreet geval dient toe te passen, niet (uitsluitend) dient te richten op wat partijen daaromtrent aanvoeren maar ingevolge artikel 25 Rv gehouden is zich daaromtrent zelfstandig een oordeel te vormen en in het onderhavige geval derhalve – nu artikel 1, aanhef en onder a, Wok blijkt het hiervoor (onder 4.3 en 4.4) overwogene voor toepassing op het onderhavige geschil in aanmerking komt – in beginsel mede deze bepaling heeft toe te passen.”

Het onderdeel betoogt (onder 12) wederom dat, ingeval art. 1, aanhef en onder a, Wok met art. 49 EG verenigbaar is, zulks nog niet met zich brengt dat iedere maatregel die op grond van die wetsbepaling wordt opgelegd, is gerechtvaardigd. In het bijzonder zal de rechter dan nog moeten onderzoeken of de in concreto opgelegde maatregel onder de omstandigheden van het geval daadwerkelijk aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen beantwoordt en, met andere woorden, noodzakelijk en, gelet op die doelstellingen, niet onevenredig is. Daarbij verdedigt het middel dat, naarmate de inbreuk op het vrij dienstenverkeer ernstiger is, de rechtvaardiging meer zwaarwegend en beter aantoonbaar moet zijn. Het hof heeft dit een en ander volgens het onderdeel noch in rov. 4.10, noch elders in het bestreden arrest, onderkend, althans zulks niet op begrijpelijke wijze inzichtelijk gemaakt.

3.14 Het onderdeel vormt goeddeels een herhaling van de reeds in de onderdelen II en III vervatte klachten en kan evenmin als die voorgaande onderdelen tot casuatie leiden. Daarbij teken ik overigens nog aan dat de gedachtegang van het hof niet impliceert dat alle maatregelen die op grond van art. 1, aanhef en onder a, Wok worden opgelegd, in geval van verenigbaarheid van die bepaling met art. 49 EG zonder meer toewijsbaar moeten worden geacht. Uiteraard geldt dat laatste alleen voor maatregelen die daadwerkelijk op art. 1, aanhef en onder a, Wok kunnen steunen en binnen het kader daarvan passen. In dat verband heeft het hof, daarmee tevens recht doende aan de proportionaliteitseis, in rov. 4.11 overwogen

Ladbrokes te kunnen volgen in het betoog “dat de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een concreet geschil gehouden is artikel 1, aanhef en onder a, Wok, overeenkomstig het doel en de strekking ervan toe te passen en daarbij niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is”, welk betoog volgens het hof erop neerkomt “dat de Nederlandse rechter bij het geven van een voorziening in dezen geen maatregel mag treffen die, gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel als disproportioneel moet worden beschouwd”, en op welk betoog het hof bij de behandeling van de vierde grief (in de rov. 4.26-4.29) is teruggekomen.

3.15 Onderdeel V is gericht tegen rov. 4.11, die hiervóór (onder 3.14) al gedeeltelijk is geciteerd. Het onderdeel betoogt (onder 14.1) dat rov. 4.11 onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, en een in het licht van de gedingsstukken onbegrijpelijke weergave van de stellingen van Ladbrokes omvat. Volgens het onderdeel moeten noodzaak en proportionaliteit van de in het concrete geval op te leggen maatregel niet alleen worden beoordeeld aan de hand van het (in abstracto) door de Wok nagestreefde doel, maar moeten daarbij alle omstandigheden van het geval (zoals gereleveerd in onderdeel I) in aanmerking worden genomen en moet daarbij bovendien de ernst van de inbreuk op het (van fundamenteel belang zijnde) vrij verkeer van diensten worden betrokken.

3.16 Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat het hof in rov. 4.11 kennelijk niet de stellingen van Ladbrokes volledig heeft willen weergeven, maar daaruit slechts die elementen heeft gelicht die het meende te kunnen onderschrijven. Voor zover het onderdeel is gericht tegen de wijze waarop de stellingen van Ladbrokes in rov. 4.11 zijn weergegeven, kan het al om die reden niet tot cassatie leiden. Overigens meen ik dat de onder 14.1 geformuleerde klachten van het onderdeel feitelijke grondslag missen, omdat uit niets blijkt dat het hof voor ogen staat dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van de gevraagde voorziening, “gelet op het door (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel”, de omstandigheden van het geval en de ernst van de aan Ladbrokes op te leggen beperkingen buiten beschouwing zouden moeten blijven.

3.17 Onder 14.2 klaagt het onderdeel dat, als het hof in rov. 4.11 wél heeft bedoeld te beoordelen of de concreet opgelegde maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van het door (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok nagestreefde doel respectievelijk in het licht van de omstandigheden van het geval als proportioneel dient te worden beschouwd, het bestreden arrest niet respectievelijk onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, nu een dergelijke beoordeling (laat staan een begrijpelijke beoordeling) niet in het bestreden arrest (en ook niet in de rov. 4.26-4.29, waarin de vierde grief is besproken) is te vinden, en de kwestie door Ladbrokes bovendien niet in grief IV, maar in grief I aan de orde is gesteld.

3.18 Anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, stond het aan het hof vrij de proportionaliteit van de gevorderde voorziening te behandelen op de plaats die

het hof daarvoor het meest aangewezen achtte, en was het hof daarbij niet gebonden aan de volgorde waarin de grieven de verschillende kwesties aan de orde stellen. Overigens heeft het hof in rov. 4.11 (welke rechtsoverweging met grief I in verband kan worden gebracht) uitdrukkelijk aangekondigd bij de bespreking van grief IV op de kwestie van de proportionaliteit te zullen terugkomen. Voor zover het onderdeel tegen die wijze en volgorde van behandeling is gericht, kan het niet tot cassatie leiden.

Het hof heeft in de rov. 4.26-4.29 geoordeeld dat een aan Ladbrokes op te leggen verbod is gerechtvaardigd, dat een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming aan de kansspelen op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten niet disproportioneel is te noemen (in welk verband het hof naar rov. 3.6.10 van HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404, m.nt. MRM heeft verwezen) en dat ook is gerechtvaardigd de voorziening niet te beperken tot kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft, nu Ladbrokes, door het in Nederland via internet aanbieden van kansspelen die de Lotto niet mag aanbieden of door het aanbieden van die spelen in combinatie met spelen die de Lotto wel mag aanbieden, evenzeer een onrechtmatige voorsprong op haar concurrente de Lotto verschaft als door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft. Het onderdeel werkt niet verder uit waarom dit oordeel in het licht van de in onderdeel I vermelde omstandigheden zou tekortschieten of onbegrijpelijk is, en kan daarom ook in zoverre niet tot cassatie leiden.

3.19 Onderdeel VI is gericht tegen rov. 4.12. Daarin heeft het hof als volgt overwogen:

“Voor zover Ladbrokes in dit verband ten slotte toch de bedoeling heeft gehad (mede) aan te voeren – hetgeen zij onder meer lijkt te doen bij dagvaarding in appèl onder 3.57 e.v. en met name 3.74 e.v. – dat niet de concrete aan Ladbrokes opgelegde beperking (“handelsbarrière”), maar de in de nationale wetgeving van een lidstaat voorziene beperkingen rechtstreeks moeten worden getoetst aan artikel 49 EG en haar betoog “dat een nationale rechter in concreto moet kijken naar de noodzaak en proportionaliteit van de afzonderlijke handelsbarrières waarvoor de nationale autoriteiten beweren dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is” (3.57) aldus moet worden begrepen, kan het hof Ladbrokes ook in dit betoog volgen. (...)”

Het onderdeel klaagt (onder 16) wederom dat het hof ten onrechte niet heeft getoetst of de in casu opgelegde concrete beperkingen in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk beantwoorden aan de ter rechtvaardiging ervan aangevoerde doelstellingen en gelet op die doelstellingen niet onevenredig zijn, bij welke toets de zwaarte van de inbreuk op art. 49 EG mede in aanmerking had moeten worden genomen. Volgens het onderdeel (onder 17) is de bestreden over-

weging onbegrijpelijk, nu Ladbrokes altijd heeft verdedigd dat een dergelijke toetsing (aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium) was aangewezen.

3.20 Nog daargelaten of de klacht met betrekking tot de noodzaak van een toets aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium met vrucht kan worden gericht tegen rov. 4.12, waarin het hof een (veronderstelde) andere stellingname van Ladbrokes heeft besproken, kan zij niet tot cassatie leiden, om redenen die reeds bij de bespreking van de onderdelen II, III en IV aan de orde kwamen. Ook de tegen rov. 4.12 gerichte motiveringsklacht kan niet slagen. Het hof heeft zich daarin slechts uitgelaten over een mogelijke uitleg van de stellingen van Ladbrokes, zonder te miskennen dat die stellingen (ook) op een toets aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium waren gericht (zie in het bijzonder de rov. 4.8-4.10).

3.21 Onderdeel VII is gericht tegen de rov. 4.13-4.19, waarin het hof heeft besproken of beperkingen als vervat in art. 1, aanhef en onder a, Wok, worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en waarin het hof heeft geconcludeerd dat de toepassing van (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet met art. 49 EG in strijd is en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, de Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving. Het onderdeel betoogt dat het in de bestreden rechtsoverwegingen vervatte oordeel in strijd met het recht, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, om de in de subonderdelen 19.1-19.7 genoemde redenen.

3.22 Subonderdeel 19.1 betoogt dat de overwegingen van het hof niet concludent zijn, nu het hof het zogenaamde derde Gambelli-criterium niet heeft toegepast en niet heeft onderzocht of de concreet opgelegde maatregel (het gebod de website van Ladbrokes ontoegankelijk te maken voor Nederlandse ingezetenen) in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van de met de Wok beoogde doelstellingen en, gelet op die doelstellingen, niet onevenredig is.

De klacht vormt een herhaling van reeds in de onderdelen II, III, IV en VI vervatte klachten, en kan, om redenen die bij de bespreking van die eerdere klachten al aan de orde kwamen, niet tot cassatie leiden.

3.23 Subonderdeel 19.2 bestrijdt de conclusie in de rov. 4.18 en 4.19 dat van discriminatie geen sprake is en dat de beperking van het vrij verkeer door art. 1, aanhef en onder a, Wok is gerechtvaardigd.

3.24 Na onder 19.2.1 rov. 4.13 te hebben weergegeven, stelt het subonderdeel onder 19.2.2 onder A aan de orde, dat (naar het hof in de kennelijke gedachtegang

van het subonderdeel zou hebben miskend) het tegengaan van een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen, zoals in rov. 4.13 bedoeld, voor een rechtvaardiging van een beperking niet voldoende is, maar dat daartoe in elk geval ook is vereist dat het streven erop is gericht de gelegenheden om te spelen echt te verminderen.

Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat de rechtspraak van het HvJ EG de lidstaten de ruimte laat kansspelactiviteiten geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel slechts te beperken en aan meer of minder strenge controlemaatregelen te onderwerpen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35:

“Het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, valt onder de beoordelingsvrijheid die het Hof in punt 61 van het arrest Schindler aan de nationale autoriteiten heeft toegekend. Deze autoriteiten dienen immers te beoordelen, of het in verband met het nagestreefde doel noodzakelijk is, activiteiten van die aard geheel of gedeeltelijk te verbieden, dan wel ze slechts te beperken en met het oog daarop meer of minder strenge controlemaatregelen te treffen.”

Reeds in dat licht kan de rechtspraak van het HvJ EG mijns inziens niet aldus worden uitgelegd dat een nationaal kansspelbeleid, ook voor zover dat wordt ingegeven door het publieke belang van het tegengaan van kansspelverslaving en het beschermen van de consument, slechts dan onder art. 49 EG is gerechtvaardigd, als het op een afbouw van het (legale) kansspelaanbod is gericht. De in de rechtspraak van het HvJ EG wel gestelde eis dat nationale beperkingen van kansspelactiviteiten daadwerkelijk moeten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen,⁶⁶ impliceert mijns inziens niet dat het legale aanbod van kansspelen voortdurend (verder) zou moeten worden ingeperkt. Wel impliceert die eis dat het gereguleerde aanbod meer beperkt moet zijn dan het potentiële aanbod in een situatie waarin een restrictief kansspelbeleid zou ontbreken. Van dat laatste zou geen sprake zijn, als het nationale kansspelbeleid in werkelijkheid erop is gericht de inkomsten van kansspelactiviteiten te monopoliseren en die inkomsten bovendien te maximaliseren, door de bestaande en potentiële vraag naar kansspelen juist zoveel mogelijk uit te baten.⁶⁷

66. Zie HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35.

67. In zijn conclusie voor HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, onder 32 (naar welke passage het HvJ EG in punt 35 van het arrest verwijst), merkt A-G Fennelly op: “Zo kan het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten in het kader van een restrictief vergunnings- of concessiestelsel verenigbaar zijn met een dergelijk beleid van beperking van het aanbod, voorzover het ertoe strekt de mogelijkheden tot kansspelen en het stimuleren van de vraag door reclame werkelijk te verminderen. Daarentegen is het niet aanvaardbaar het verlenen van vergunningen of concessies alleen te gebruiken als een middel om de opbrengst van een virtueel onbeperkte vraag te doen belanden in de kassa van overheidsdiensten of van organisaties die activiteiten in het algemeen belang uitoefenen. Mijns inziens mag een lidstaat zich noch rechtstreeks noch via organisaties waaraan hij voorrechten verleent, onder het voorwendsel van een moreel gerechtvaardigd beleid van controle op spelen, inlaten met de promotie van officieel georganiseerde kansspelen →

Dat, zoals het subonderdeel betoogt, voor een rechtvaardiging onder art. 49 EG niet voldoende zou zijn dat het vergunningstelsel daadwerkelijk erop is gericht een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van kansspelen tegen te gaan, kan ik in verband met het voorgaande niet volgen.

3.25 Voorbouwend op de onder A gegeven uitleg van de eis dat het streven erop moet zijn gericht de gelegenheden om te spelen “echt” te verminderen, bestrijdt het subonderdeel onder B de rov. 4.13-4.19 als onbegrijpelijk, voor zover het hof daarin zou hebben geoordeeld dat aan die eis is voldaan en dat de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardiging van het gevoerde restrictieve kansspelbeleid zijn. In dat verband voert het subonderdeel een zestal argumenten aan.

3.26 Onder (1) wijst het subonderdeel (onder verwijzing naar vindplaatsen in de processtukken) op uitlatingen zijdens de Lotto, volgens welke de doelstelling van de Nederlandse kansspelwetgeving en het kansspelbesluit niet daadwerkelijke vermindering van het gokken is. Onder (2) wijst het subonderdeel op een uitlating van de minister van Justitie (in diens interventie van 21 oktober 2004) dat het kansspelbeleid erop is gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren.

Geen van beide argumenten acht ik concludent. Zoals al aan de orde kwam, is voor een rechtvaardiging niet vereist dat het legale aanbod van kansspelen, zoals dat uit een restrictief kansspelbeleid voortvloeit, (steeds verder) wordt vermindert. Dat het kansspelbeleid erop is gericht de vraag naar kansspelen niet te stimuleren, is veeleer een aanwijzing voor de toelaatbaarheid dan voor de ontoelaatbaarheid van het nationale kansspelbeleid; die omstandigheid sluit immers uit dat het nationale kansspelbeleid in werkelijkheid erop is gericht de (voor de financiering van sociale activiteiten bestemde) inkomsten uit kansspelen te maximaliseren en aldus de nationale goklust juist zoveel mogelijk uit te baten.

3.27 Onder (3) gaat het subonderdeel in op de in rov. 4.14 vervatte verwerping door het hof van het betoog van Ladbroke's dat aan de Wok weliswaar kanalisatie van de speelzucht, met name de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, als doelstelling ten grondslag ligt, maar dat de Wok ter zake van lotto's en sportweddenschappen voornamelijk dient om de fondsenwerving veilig te stellen. Het hof heeft dienaangaande in rov. 4.14 als volgt overwogen:

met als hoofddoel sociale activiteiten, hoe waardevol ook, te financieren. Zoals gezegd is zulks een zuiver economische doelstelling. De nationale rechter moet evenwel nagaan, of aan deze voorwaarde op de Italiaanse markt van weddenschappen op de uitslag van sportevenementen is voldaan, rekening houdende met de daadwerkelijke praktijk van Unire en met die van de bookmakers die een concessie van Unire hebben gekregen. Indien aan deze voorwaarde is voldaan, kan de uitsluiting van ondernemingen zoals SSP en verweerder – die zelfs niet om de status van concessiehouder hebben verzocht – van de Italiaanse markt van weddenschappen worden beschouwd als een gerechtvaardigde beperking op de uitoefening van het vrij verrichten van diensten” (onderstreping toegevoegd; LK).

“(…) Het hof oordeelt dat de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zijn geweest, maar dat inmiddels wel een wijziging van het voorheen gevoerde kansspelbeleid heeft plaatsgevonden (zie onder meer de openingstoespraak van de Minister van Justitie voor het symposium ‘De toekomst van de kansspelen’, georganiseerd door het College van toezicht op de kansspelen op 24 maart 2003, p. 6-8 (productie 42 bij akte overlegging producties De Lotto in eerste aanleg), en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 1/2 (productie 85 bij akte houdende aanvullende producties De Lotto in eerste aanleg)) en dat de minister in zijn brief van 31 maart 2003 aan de Tweede Kamer (TK zitting 2002-2003, 24 036 en 24 557, nr. 280 (productie 75A bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto)) inmiddels heeft uitgesproken dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde de kansspelen te beheersen (zie ook TK zitting 2003-2004, 24 036 en 24 557, nr. 295, p. 7, de brief van de Minister van Justitie aan De Lotto van 21 oktober 2004 (productie 60 bij conclusie na tussenvonnis, met producties, van De Lotto), p. 10 e.v. en de derde voortgangsrapportage kansspelen, TK zitting 2004-2005, 24 557 en 29 800 VI, nr. 47, p. 8/9). Uit die brief van 31 maart 2003 van de minister blijkt niet dat fondsenwerving een (belangrijke) pijler van het nieuwe kansspelbeleid is, doch wel (en slechts: zie p. 4) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelenorganisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven. Dit effect belet, zolang die gelden niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn (zie hiervoor, onder 4.7), echter niet dat de voornoemde dwingende redenen van algemeen belang voldoende rechtvaardiging vormen voor de door de Wok opgelegde beperkingen. Nu Ladbroke's hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler – en dus niet slechts een belangrijk neveneffect – daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbroke's niet in haar betoog op dit punt volgen.”

Tegen de door het hof gevolgde gedachtegang voert het subonderdeel in het bijzonder aan dat het feit dat er een beleidswijziging is geweest (respectievelijk dat het kansspelbeleid de komende jaren zal worden gewijzigd teneinde kansspelen te beheersen), nog geenszins betekent dat de beweerdte wijziging van beleid ten tijde van het bestreden arrest al tot enige verandering heeft geleid respectievelijk dat ten tijde van het bestreden arrest sprake was van een streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen, waaromtrent het hof, nog steeds volgens het subonderdeel, in zijn arrest (bovendien) niets, laat staan iets begrijpelijks of concludents, heeft overwogen.

Naar ik meen leest het subonderdeel in de geciteerde overweging ten onrechte dat het hof de daarin bedoelde beleidswijziging beslissend heeft geacht. Volgens het hof “(zijn) de opbrengsten uit kansspelen in Nederland in het verleden weliswaar

een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid (...) geweest” (hetgeen in het licht van de rechtspraak van het HvJ EG toelaatbaar is), en heeft de inmiddels ingezette c.q. aangekondigde beleidswijziging daarin nu juist geen verandering gebracht (“(...) dat de afdrachten aan de Staat en de goede doelenorganisaties zullen worden gehandhaafd, zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven”). Voor zover het subonderdeel van een andere lezing uitgaat, mist het feitelijke grondslag. Voor het overige lijkt het subonderdeel ten onrechte te verlangen dat in de praktijk van een daadwerkelijk streven naar een vermindering van het legale aanbod moet blijken. Ik verwijs naar hetgeen hiervóór (onder 3.24) al aan de orde kwam.

3.28 Onder (4) richt het subonderdeel zich tegen rov. 4.15, waaruit volgens het subonderdeel zou blijken dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegelaten en dat de vergunninghouders op grote schaal reclame mogen maken. Dat het hof een en ander heeft geaccepteerd als een “onder de aandacht brengen van het publiek” van een “aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen” (passend in een beleid dat niet met art. 49 EG in strijd is), acht het middel zonder nadere uitleg onbegrijpelijk, temeer nu uit dezelfde rechtsoverweging blijkt dat de minister van mening was dat de reclame-uitingen “fors” moesten worden beperkt en hij een gedrags- en reclamecode nodig achtte. Dat een code zoals bedoeld inmiddels in werking is getreden, doet volgens het subonderdeel niets aan het voorgaande af, nu het hof niet heeft vastgesteld dat die code tot een vermindering van de reclame op grote schaal of tot een daadwerkelijke vermindering van de gelegenheden om te spelen (met fondsenwerving als niet meer dan een gunstig neveneffect) heeft geleid. Ook de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de handhaving van het kansspelbeleid en het besluit dat beleid zoveel mogelijk bij het ministerie van Justitie te concentreren, dwingen volgens het subonderdeel niet tot een andere beoordeling, nu niet is vastgesteld dat een en ander in de praktijk tot enige verandering (en tot een met art. 49 EG verenigbaar kansspelbeleid) heeft geleid.

Anders dan het subonderdeel kennelijk veronderstelt, heeft het hof in rov. 4.15 niet vastgesteld dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan en dat vergunninghouders op grote schaal reclame mogen maken voor de door hen aangeboden kansspelen. Het hof heeft, de juistheid van dit een en ander in het midden latende, in rov. 4.15 slechts geoordeeld dat, anders dan Ladbroke had gesteld, daaruit niet zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse overheid geen samenhangend beleid ter beteugeling van de goklust zou voeren. Volgens het hof is doorslaggevend dat de Nederlandse overheid een restrictief beleid blijft voeren, waarbij wordt voldaan aan de voorwaarde dat de in art. 1, aanhef en onder a, Wok vervatte beperking (totaalverbod behoudens vergunning) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaat dan noodzakelijk is en zonder discriminatie wordt toegepast. Voorts heeft het hof erop gewezen dat aan de Wok mede ten grondslag ligt dat door het bestaan van een beperkt legaal aanbod wordt voorkomen dat het publiek zich op het illegale aan-

bod gaat richten, en dat deze (ook in de rechtspraak van het HvJ EG erkende)⁶⁸ doelstelling van kanalisatie ook thans nog aan het overheidsbeleid ten grondslag ligt. Daarbij heeft het hof (terzijde) nog aangetekend, dat de doelstelling van kanalisatie onder omstandigheden kan meebrengen dat een aantrekkelijk en zo nodig uitgebreid en vernieuwd aanbod van legale kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht als alternatief voor illegale kansspelen en kansspelen met een groter risico op het ontstaan van gokverslaving. Ten slotte heeft het hof in rov. 4.15 de initiatieven van de minister met betrekking tot een beperking van de reclame en een gedrags- en reclamecode, alsmede de intensivering en vernieuwing van het toezicht en een concentratie van de door verschillende ministeries uitgevoerde kansspeltaken bij het ministerie van Justitie in aanmerking genomen.

Dat het hof onder het kanalisatieregime enige ruimte heeft gezien voor uitbreiding en vernieuwing van het kansspelaanbod is alleszins begrijpelijk. De doelstelling van kanalisatie zou immers onvoldoende worden gerealiseerd als het legale aanbod van kansspelen onvoldoende aantrekkelijk zou zijn om (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden. Dat de minister initiatieven heeft genomen, gericht op een “forse” beperking van de reclame-uitingen van de vergunninghouders en de totstandkoming van een gedrags- en reclamecode, maakt dat niet anders, maar bevestigt juist dat de overheid de vergunninghouders kritisch volgt en bijstuurt, waar dat nodig is om te voorkomen dat het op kanalisatie gerichte beleid de goklust juist onbedoeld zou stimuleren. Voorts is niet onbegrijpelijk dat het hof de initiatieven met betrekking tot de gedrags- en reclamecode, de intensivering en vernieuwing van het toezicht en de concentratie van departementale taken met betrekking tot het kansspelbeleid mede in aanmerking heeft genomen bij zijn oordeel dat het kansspelbeleid in werkelijkheid niet op het zoveel mogelijk uitbaten van de goklust is gericht, ook al heeft het hof (nog) geen meetbare effecten van die initiatieven vastgesteld. Voor zover het subonderdeel op de reclame-uitingen is toegespitst, wijs ik overigens op de vijfde voortgangsrapportage, waarin van een daling van de reclame-uitgaven over de jaren 2002-2006 gewag wordt gemaakt.⁶⁹

3.29 Onder (5) richt het subonderdeel zich tegen rov. 4.14, voor zover het hof daarin heeft overwogen dat, “(n)u Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden

68. Zie HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 37: “Anders dan verzoekers in het hoofdgeding betogen, volstaat het feit dat de in geding zijnde speelautomaten niet volstrekt verboden zijn, niet als bewijs, dat de nationale wettelijke regeling niet echt de doelstellingen van algemeen belang beoogt te verwezenlijken die zij pretendeert na te streven en die in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Immers, een beperkte vergunning voor die kansspelen in het kader van een uitsluitend recht, die het voordeel heeft dat de goklust en de exploitatie ervan in een beheersbare bedding wordt geleid, dat de risico's van exploitatie met bedrieglijk en crimineel oogmerk worden vermeden, en dat de opbrengst voor doelen van algemeen nut wordt gebruikt, dient eveneens de verwezenlijking van die doelstellingen.” Zie ook HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35.

69. Zie hiervóór onder 2.15 en voetnoot 52.

afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler – en dus niet slechts een belangrijk neveneffect – daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, (...) het hof Ladbrokes in haar betoog op dit punt niet (zal) volgen.”

Het subonderdeel klaagt (onder a) allereerst dat het hof zich slechts heeft gebaseerd op nota's, voortgangsrapportages, aankondigingen van wijzigingen van het kansspelbeleid en brieven en toespraken van de minister, de vrijwillige code en een concentratie van de kansspeltaken bij het ministerie van Justitie. Volgens het subonderdeel zegt dit een en ander (door het subonderdeel gekwalificeerd als “mooie woorden”) niets (concludents) over het gevoerde kansspelbeleid in de praktijk en kan slechts dit laatste beslissend zijn voor een eventuele rechtvaardiging onder art. 49 EG.

Naar mijn mening kan de klacht niet tot cassatie leiden. Ik roep in herinnering dat in rov. 4.14 aan de orde is of fondsenwerving al dan niet als werkelijke doelstelling van het Nederlandse kansspelbeleid (in plaats van als een gunstig neveneffect daarvan) heeft te gelden. Voor de vraag welke de doelstelling(en) van het Nederlandse kansspelbeleid is (zijn), komt het, naar kennelijk ook het hof als uitgangspunt heeft genomen, in de eerste plaats aan op de verklaarde doelstelling(en) van dat beleid. In de door het hof in rov. 4.14 genoemde stukken heeft het hof geen aanwijzing gevonden dat fondsenwerving als pijler van het beleid zou gelden. Bij die stand van zaken heeft het hof, kennelijk en niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat, als Ladbrokes zou willen staande houden dat de praktijk zich niet naar het verklaarde beleid gedraagt, het op de weg van Ladbrokes had gelegen een discrepantie tussen de praktijk en het verklaarde beleid aan te tonen. Het hof heeft hetgeen Ladbrokes in dat verband heeft aangevoerd, echter als onvoldoende (onderbouwd) beoordeeld.

In de tweede plaats klaagt het subonderdeel onder (a) dat als het hof heeft willen beslissen over het kansspelbeleid in de praktijk, zijn oordeel onbegrijpelijk is, nu het hof daarover niets heeft overwogen en voorts in het licht van de in onderdeel I genoemde feiten en omstandigheden een dergelijke beslissing onbegrijpelijk is. De klacht mist feitelijke grondslag, nu het hof over het in de praktijk gevoerde kansspelbeleid geen ander oordeel heeft gegeven dan dat Ladbrokes geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin (en in afwijking van hetgeen uit de door het hof genoemde stukken kan worden afgeleid) een belangrijke pijler en niet slechts een gunstig neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid is.

Onder (b) klaagt het subonderdeel dat het oordeel van het hof dat Ladbrokes geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke factor is, in het licht van de door het eerste onderdeel gememoreerde en door Ladbrokes in de feitelijke instanties gestelde omstandigheden onbegrijpelijk is.

Naar mijn mening mist ook deze klacht feitelijke grondslag. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, heeft de bestreden overweging geen betrekking op het ont-

breken van voldoende onderbouwde stellingen waaruit kan worden afgeleid dat fondsenwerving in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid een belangrijke factor is. De bestreden overweging betreft het ontbreken van voldoende onderbouwde stellingen waaruit kan worden afgeleid dat fondsenwerving niet slechts een belangrijk neveneffect, maar een belangrijke pijler is, in die zin dat fondsenwerving de werkelijke inzet van het Nederlandse kansspelbeleid zou vormen. Dat fondsenwerving in de dagelijkse praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid een belangrijke factor is (en zal blijven), is door het hof in rov. 4.14 onderkend: “(...) zodat die gelden een belangrijk neveneffect van het kansspelbeleid zullen blijven”.

3.30 Onder (6) betoogt het subonderdeel dat de bedoelde beslissing (dat wil zeggen: het oordeel dat de uit (art. 1, aanhef en onder a, van) de Wok voortvloeiende beperkingen van het vrij verkeer van diensten beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en dat de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid zijn) evenmin kan worden gedragen door de vaststelling in rov. 4.16 dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen. Volgens het subonderdeel kan er geen sprake zijn van een kansspelbeleid waarvan de beperkingen beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en waarin de opbrengsten slechts een gunstig neveneffect en niet de werkelijke rechtvaardigingsgrond van het gevoerde restrictieve beleid vormen, als in de praktijk regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan, op grote schaal reclame door vergunninghouders wordt gevoerd en zich overigens omstandigheden voordoen zoals in onderdeel I aangevoerd. Aan dit alles doet volgens het subonderdeel niet af, dat Nederland op de (Engelse) website van Ladbrokes is vermeld in een lijst van landen van waaruit via het internet aan de aangeboden kansspelen kan worden deelgenomen. De klacht miskent dat het in een op kanalisatie van de goklust gestoeld kansspelbeleid noodzakelijk is dat een adequaat en voldoende aantrekkelijk aanbod van kansspelen onder de aandacht van het publiek wordt gebracht om het publiek van het illegale (ongecontroleerde en niet te beheersen) aanbod van kansspelen af te houden. Ook het HvJ EG heeft dat (weliswaar in verband met de doelstelling van fraudebestrijding) in het Placanica-arrest uitdrukkelijk bevestigd:

“55 (...) In deze optiek kan een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector zeer wel in logisch verband staan met de doelstelling om spelers van clandestiene spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot toegestane en gereguleerde activiteiten. Zoals met name de Belgische en de Franse regering hebben opgemerkt, moeten de marktdeelnemers met een vergunning, teneinde deze doelstelling te verwezenlijken, een betrouwbaar, maar tegelijkertijd aantrekkelijk, alternatief bieden voor een verboden activiteit, hetgeen op zich een aanbod van een breed scala aan spelen, reclame van bepaalde omvang en gebruikmaking van nieuwe distributietechnieken kan impliceren.”

Dat regelmatig nieuwe kansspelen worden toegestaan (wat overigens niet impliceert dat het legale kansspel aanbod per saldo toeneemt) en dat (volgens Ladbroke) op grote schaal reclame voor het legale kansspel aanbod wordt gemaakt, is daarom op zichzelf niet beslissend. Beslissend daarentegen is wel, dat, zoals het hof in rov. 4.16 heeft vastgesteld, ondanks de door het subonderdeel bedoelde introductie van nieuwe spelen en voor het legale aanbod gemaakte reclame, door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen.

3.31 Subonderdeel 19.3 is gericht tegen rov. 4.16, voor zover het hof daarin heeft overwogen:

“Bij al het voorgaande moet in aanmerking worden genomen dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en middelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (zie bijvoorbeeld HvJEG 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, NJ 2004, 314, punt 63, HvJEG 24 maart 1994, zaak C-275/92 (Schindler), Jurispr. 1994, p. I-1039, NJ 1995, 57, punt 61, HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läärä), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 35, HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 33, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 87).”

3.32 Het subonderdeel klaagt (onder 19.3.1) dat de aan de lidstaten gelaten beoordelingsvrijheid niet impliceert, dat, wanneer een nationale autoriteit van die beoordelingsvrijheid gebruik heeft gemaakt en het beschermingsniveau en de doelstellingen van de nationale regeling heeft vastgelegd (in casu door vaststelling van de Wok en het invoeren van een vergunningstelsel waarbij telkens voor een bepaald soort kansspelactiviteiten maar één vergunning wordt gegeven) de rechter slechts marginaal dient te toetsen of een in concreto te treffen maatregel in de concrete omstandigheden van het geval noodzakelijk is voor het bereiken van de (door de nationale overheid binnen de aan haar toekomende beoordelingsvrijheid) gestelde doelstellingen respectievelijk proportioneel is.

Het subonderdeel bouwt in zoverre kennelijk voort op de gedachte dat elke afzonderlijke maatregel die ter uitvoering van een wettelijke regeling als de onderhavige wordt getroffen, ook als die regeling als zodanig is gerechtvaardigd onder art. 49 EG, op zichzelf en als zodanig rechtvaardiging onder die bepaling behoeft en aan de door het subonderdeel bedoelde eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit dient te worden getoetst (in de woorden van Ladbroke: het derde

Gambelli-criterium), en dat het daarom niet volstaat dat de betrokken regelgeving als zodanig een toets aan die eisen doorstaat (en de in concreto getroffen maatregel, gelet op de doelstellingen van de betrokken regeling, niet disproportioneel is; zie voor dat laatste element rov. 4.11 van het bestreden arrest). Zoals bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV en VI al aan de orde kwam, kan ik de opvatting van Ladbroke over de noodzaak van toetsing van elke in concreto ter uitvoering van een als zodanig gerechtvaardigde wettelijke regeling getroffen maatregel aan de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit in het licht van de doelstellingen van die regeling niet volgen. Het is ook niet een dergelijke toetsing die het hof in rov. 4.16 voor ogen heeft gestaan, zodat het subonderdeel in zoverre bovendien feitelijke grondslag mist.

3.33 Onder 19.3.2 klaagt het subonderdeel dat de rechter ook volledig dient te toetsen of de nationale overheid de grenzen van haar beoordelingsvrijheid in acht heeft genomen en of de opgelegde beperkingen mitsdien beantwoorden aan het streven de gelegenheden om te spelen echt te verminderen en (bijvoorbeeld) of er sprake is van een zodanig bevorderen van het toegestane aanbod dat van zo een beantwoording geen sprake is.

Ik lees in rov. 4.16 niet dat het hof van oordeel zou zijn dat de nationale rechter ook buiten het gebied waarop de nationale overheid beoordelingsvrijheid toekomt (en in het bijzonder bij een beoordeling of de nationale overheid de grenzen van de haar geboden beoordelingsvrijheid in acht heeft genomen) tot een (slechts) marginale toetsing bevoegd zou zijn. In de passage

“dat de (in dit geval: Nederlandse) rechter, gelet op de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid die aan de overheid op dit punt toekomt, slechts een bevoegdheid tot marginale toetsing heeft en daarom bij zijn beoordeling terughoudend dient te zijn, nu het aan (de nationale overheden van) de lidstaten is om te bepalen welk beschermingsniveau (waaronder: controlemaatregelen) zij op het gebied van de kansspelen wensen te waarborgen en het aan hen in hoge mate is overgelaten zelf vorm en middelen te kiezen om de doelstellingen te realiseren (...)”

ligt mijns inziens besloten dat het hof het uitgangspunt van een marginale toetsing slechts betreft op de vaststelling van het beschermingsniveau en op de keuze van vorm en middelen om het beoogde beschermingsniveau te realiseren, en dat de vraag of die eenmaal gekozen middelen aan de uit de rechtspraak van het HvJ EG voortvloeiende randvoorwaarden voldoen, ook in de visie van het hof niet slechts marginaal maar volledig kunnen (en moeten) worden getoetst. Overigens wijs ik erop dat de cruciale vaststelling van het hof in rov. 4.16 dat de gekozen systematiek van een totaalverbod behoudens vergunning ertoe leidt dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en dat als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, niet is gesteld in bewoordingen die zelfs maar in de verste verte aan een

(slechts) marginale toetsing doen denken. Ook in zoverre kan het subonderdeel daarom niet tot cassatie leiden.

3.34 Subonderdeel 19.4 is gericht tegen rov. 4.17. Daarin heeft het hof onder meer het volgende overwogen:

“(…) De omstandigheid dat Ladbrokes een vergunning in het Verenigd Koninkrijk heeft, doet daaraan (aan de ondermijning van het Nederlandse kansspelbeleid in het geval dat wordt toegelaten dat zonder vergunning kansspelen via internet of via een ander medium worden aangeboden; LK) niet af, omdat daarmee het nagestreefde belang, in het bijzonder de bescherming tegen gokverslaving in Nederland, niet wordt verwezenlijkt. De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, kan niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de terzake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen (HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 36, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. I-7289, NJ 2000, 157, punt 34, en HvJEG 11 september 2003, zaak C-6/01 (Anomar), Jurispr. 2003, p. I-8621, punt 80).”

3.35 Het subonderdeel betoogt (onder 1) dat de kansspelen ook in het Verenigd Koninkrijk zijn gereguleerd, dat Ladbrokes daar een vergunning heeft verkregen waaruit blijkt dat zij aan de desbetreffende reglementen voldoet en dat het hof (behoudens tegenbewijs, hetgeen ontbreekt) ervan behoort uit te gaan dat de beweegredenen voor reglementering in het Verenigd Koninkrijk dezelfde zijn als die voor reglementering in Nederland (met uitzondering van de beweegredenen van de Wok om fondsen voor de Staat of sociale doeleinden te vergaren), te weten het voorkomen van fraude en gokverslaving, en dat het bij die stand van zaken niet aangaat dat de rechter het Ladbrokes (die in Nederland geen enkele activiteit uitoefent, doch slechts op haar website aangeeft dat vanuit Nederland via het internet in het Verenigd Koninkrijk kansspelovereenkomsten met haar kunnen worden gesloten) onmogelijk maakt om in het Verenigd Koninkrijk (waar zij over een vergunning beschikt) kansspelovereenkomsten af te sluiten met Nederlandse ingezetenen met wie zij over internet communiceert.

Waar het HvJ EG het aan de lidstaten heeft overgelaten zelf het door hen op het gebied van kansspelen gewenste beschermingsniveau te bepalen en (binnen de door het HvJ EG bepaalde randvoorwaarden) zelf de middelen te kiezen om het gewenste beschermingsniveau te realiseren, lopen de nationale wetgevingen op het gebied van de kansspelen onvermijdelijk uiteen, niet alleen wat betreft de modaliteiten van die wetgevingen, maar ook (en meer fundamenteel) wat betreft het daardoor geboden beschermingsniveau. Al om die reden kan naar mijn mening geen beslissende betekenis toekomen aan het feit dat een (beoogde) aanbieder van kansspelen in een andere lidstaat (in casu: het Verenigd Koninkrijk) dan

waar hij de kansspelen aanbiedt (in casu: Nederland; dat de kansspelen vanuit het Verenigd Koninkrijk via internet in Nederland worden aangeboden, doet aan de gelding van art. 1, aanhef en onder a, Wok niet af), over een vergunning voor het aanbieden van kansspelen beschikt. In dit verband kan overigens worden gewezen op HvJ EG 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), Jurispr. 1981, 3305, NJ 1982, 581, punt 21:

“Op de tweede en de derde vraag van de Hoge Raad moet dus worden geantwoord, dat artikel 59 niet eraan in de weg staat, dat een lidstaat die een vergunning eist van ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen, een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter die dergelijke werkzaamheden op zijn grondgebied uitoefent, verplicht aan deze voorwaarde te voldoen, ook indien deze over een door de staat van vestiging afgegeven vergunning beschikt, met dien verstande evenwel dat de lidstaat waar de dienst wordt verricht, bij het onderzoek van de aanvraag en bij de afgifte van de vergunning geen enkel onderscheid maakt op grond van de nationaliteit of de plaats van vestiging van de dienstverrichter, en bovendien rekening houdt met de bewijsstukken en waarborgen die de dienstverrichter voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in de lidstaat van vestiging reeds heeft verschaft.”

Het subonderdeel verduidelijkt niet, waarom de Nederlandse rechter, behoudens tegenbewijs, ervan zou moeten uitgaan dat de beweegredenen voor reglementering in het Verenigd Koninkrijk dezelfde zijn als die in Nederland. Bovendien zou, ook als van dezelfde beweegredenen zou moeten worden uitgegaan, nog niet zijn gegeven dat de betrokken regelingen van beide lidstaten eenzelfde beschermingsniveau beogen en dat de in die regelingen gekozen middelen en de modaliteiten daarvan ook daadwerkelijk in een gelijke bescherming voorzien. Het Verenigd Koninkrijk geldt binnen de Europese Unie als een van de liberale landen op het gebied van de kansspelen, ook voor zover die over internet worden aangeboden. Ik verwijs naar het overzicht van de minister van Justitie in diens brief van 5 maart 2008 aan de Eerste Kamer.⁷⁰

“Internetaanbod in andere lidstaten

Het onderhavige wetsvoorstel introduceert een tijdelijk legaal aanbod van kansspelen via internet in Nederland. Uit een vergelijking van de verschillende wettelijke stelsels van de lidstaten blijkt dat er geen sprake is van een eenduidige Europese aanpak van kansspelen via internet. De regulering varieert per lidstaat.

Een aantal lidstaten heeft gekozen voor de introductie van een legaal alternatief. In Zweden, Denemarken en Oostenrijk bestaat een gereguleerd aanbod van kansspelen via internet dat verzorgd wordt door (overheids-)monopolis-

70. Kamerstukken I 2007/08, 30 362 J, p. 3/4.

ten. Het aanbod is primair op het eigen grondgebied gericht. Het spelaanbod en de distributiekkanalen variëren sterk. Wel kent het internetaanbod in bovengenoemde lidstaten leeftijdsgrenzen en andere waarborgen om excessief speelgedrag te voorkomen. Reclame voor kansspelen via internet wordt over het algemeen toegestaan, maar wordt wel gereguleerd.

Sinds 1 januari 2003 worden in Zweden internetkansspelen aangeboden via twee staatsmonopolies. Het productaanbod van AB Svenska Spel bestaat onder meer uit loterijen, sportweddenschappen, krasloten en bingospelen. AB Travoch Galopp biedt weddenschappen op paardenrennen aan. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor non-profit organisaties om goede doelenloterijen langs elektronische weg te organiseren. In 2005 is in Zweden, uit het oogpunt van kanalisatie, pokeraanbod via internet aan het legale aanbod toegevoegd. In Denemarken is het verboden zonder vergunning gelegenheid te geven tot deelname aan kansspelen via internet, indien deze gericht zijn op de Deense markt. Dit is onder meer het geval als gebruik(...) gemaakt wordt van de Deense taal. Een vergunning voor het aanbieden van kansspelen via internet is verleend aan het Deense staatsmonopolie Danske Spil. Het productaanbod bestaat onder meer uit lotto en bingo.

Voor zover bekend wordt het internetkansspelaanbod in Oostenrijk sinds 1998 verzorgd door Win2day.at, een samenwerkingsverband van Die Österreichischen Lotterien en Casinos Austria. Het productaanbod bestaat uit loterijen en casinospelen. Begin februari 2008 is het aanbod uitgebreid met poker.

Een aanpak waarbij het kansspelaanbod via internet wordt gekanaliseerd door middel van het aanbieden van een legaal alternatief is dus reeds bekend binnen Europa en wordt al toegepast in enkele lidstaten.

Andere lidstaten kennen een totaalverbod voor kansspelen via internet. Een lidstaat waarin recent een totaalverbod is (her)ingevoerd, is Duitsland. Met de inwerkingtreding van het Duitse "Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GV.NRW.2007, S. 445)(") op 1 januari 2008 is een einde gekomen aan het legale internetaanbod in Duitsland. Deze maatregel maakt onderdeel uit van een breed pakket aan restrictieve maatregelen.

Frankrijk en EER-lidstaat Noorwegen hebben recent maatregelen bij de Europese Commissie genotificeerd om kredietinstellingen die bemiddelen bij goktransacties beter aan te kunnen pakken. Deze maatregelen zijn vergelijkbaar met de maatregelen die sinds 2006 van kracht zijn in de Verenigde Staten. In Nederland bestaat al wetgeving op basis waarvan deze instellingen kunnen worden aangepakt. In dit verband wordt verwezen naar het onderdeel handhaving in deze brief.

Uitzonderingen binnen Europa vormen Groot-Brittannië en Malta, die in vergelijking met de overige Europese lidstaten een veel liberaler gokklimaat kennen. In deze lidstaten is sprake van een breed legaal aanbod van internetkans-

spelen, waarbij moet worden opgemerkt dat in Malta afgegeven vergunningen voor internetkansspelen slechts zien op deelname vanuit het buitenland (dat wil zeggen vanuit andere landen dan Malta).

Uit het voorgaande blijkt dat de lidstaten op zeer verschillende wijze invulling geven aan de beleidsruimte die hun toekomt.”

Gelet op de dispariteit van de betrokken nationale wetgevingen kan niet worden aangenomen dat een door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk afgegeven vergunning het door de Nederlandse wetgeving beoogde beschermingsniveau waarborgt. Om die reden kan de klacht niet tot cassatie leiden.

3.36 Onder (2) betoogt het subonderdeel dat de omstandigheid dat een lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen, wel degelijk op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen van invloed kan zijn, nu immers, voor zover bij dat andere stelsel van bescherming bepaalde doelstellingen wel worden verwezenlijkt (zoals bijvoorbeeld fraudebestrijding), die doelstellingen geen rol meer kunnen spelen bij de vraag of een bepaalde regeling voor het bereiken van die bepaalde doelstellingen noodzakelijk is en bovendien met zich mee kunnen brengen dat getroffen regelingen eerder onevenredig zullen worden geacht nu een deel van de doelstellingen al is gerealiseerd.

De door het subonderdeel bedoelde mogelijkheid dat een buitenlandse vergunning al voorziet in een deel van de waarborgen die ook de nationale regelgeving beoogt te bieden, kan mijns inziens, anders dan het subonderdeel betoogt, niet afdoen aan de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de uit de nationale regelgeving voortvloeiende eis van een vergunning (vergelijk in dit verband ook de hiervóór onder 3.35 geciteerde passage uit het arrest Webb). Nog daargelaten of de waarborgen die voortvloeien uit onderling verschillende regelingen meetbaar en onderling vergelijkbaar zijn (en nog afgezien van de complicatie dat in een éénvergunningstelsel, zoals dat als onderdeel van het kanalisatiestreven voor sportwedenschappen geldt, voor een tweede vergunninghouder, ongeacht de waarborgen die zijn vergunning biedt, überhaupt geen plaats is), lijkt mij voor een beoordeling van de reeds door een buitenlandse vergunning geboden waarborgen slechts plaats in het kader van een beslissing over de verlening van een volgens de nationale wetgeving vereiste vergunning, in die zin dat de aanvrager van die vergunning mogelijk niet kan worden tegengeworpen dat hij tekortschiet in aspecten die reeds door zijn buitenlandse vergunning worden “gedekt”. In het onderhavige geschil is een dergelijke beslissing over een al dan niet aan Ladbroke's te verlenen vergunning echter niet aan de orde: Ladbroke's heeft immers ervoor gekozen de eis van een vergunning zoals vervat in art. 1, aanhef en onder a, Wok volledig te negeren en haar kansspelen zonder de vereiste vergunning (ook) aan Nederlandse ingezetenen aan te bieden. Ook in zoverre kan het subonderdeel daarom niet slagen.

3.37 Onder (3) betoogt het subonderdeel dat het feit dat Ladbrokes in het Verenigd Koninkrijk over een vergunning beschikt, althans in aanmerking moet worden genomen bij de door Ladbrokes voorgestane toets aan het derde Gambelli-criterium, te weten het onderzoek of de in concreto getroffen maatregel (het ontoegankelijk maken van de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen) daadwerkelijk beantwoordt aan de ter rechtvaardiging van de nationale regeling aangevoerde doelstellingen en evenredig is.

Zoals hiervoor bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV, VI en VII al aan de orde kwam, deel ik niet de visie dat, indien de nationale regeling (art. 1, aanhef en onder a, Wok) onder art. 49 EG is gerechtvaardigd, ook op die regeling steunende (en in het licht van de doelstellingen daarvan niet disproportionele) uitvoeringsmaatregelen ieder voor zich en als zodanig aan de door het HvJ EG geformuleerde voorwaarden moeten beantwoorden. Overigens roep ik in herinnering dat de in concreto getroffen maatregel (het bevel om de website van Ladbrokes voor Nederlandse ingezetenen ontoegankelijk te maken) als zodanig niet is gericht op de uitvoering van (art. 1, aanhef en onder a, van de) Wok, maar op beëindiging (c.q. voorkoming) van een door Ladbrokes wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad. Als en voor zover het gemeenschapsrecht aan de aldus opgevatte en in concreto getroffen maatregel al voorwaarden stelt, speelt daarbij mijns inziens geen rol of die maatregel al dan niet aan verwerkelijking van de doelstellingen van de Wok bijdraagt.⁷¹

3.38 Subonderdeel 19.5 is gericht tegen de rov. 4.14 en 4.17. In rov. 4.14 heeft het hof overwogen:

“(...) Nu Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in de praktijk van het Nederlandse kansspelbeleid fondsenwerving niettemin een belangrijke pijler – en dus niet slechts een belangrijk neveneffect – daarvan is, en het hof daarvan ook anderszins niet is gebleken, zal het hof Ladbrokes niet in haar betoog op dit punt volgen.”

En in rov. 4.17:

“In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok ver-

71. Men kan in dit verband denken aan de zogenaamde Rewe-rechtspraak, die, meer in het algemeen, de verhouding tussen het nationale actie- en sanctierecht enerzijds en het gemeenschapsrecht anderzijds beheerst. Zie HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe), Jurispr. 1976, p. 1989; zie voor een toepassing op het Nederlandse (proces)recht HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Jurispr. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116, m.nt. P.J. Slot en HJS onder NJ 1997, 118. Op grond van deze rechtspraak gelden het zogenaamde gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel; zie voor een recent voorbeeld HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05, C-223/05, C-224/05 en C-225/05 (Van der Weerd), Jurispr. 2007, p. I-4233, NJ 2007, 391, m.nt. M.R. Mok. De vraag of die beginselen geschonden (kunnen) zijn, laat ik verder rusten, nu het middel daarop geen beroep doet.

vatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbrokes – op wier weg dat zou hebben gelegen – niet voldoende (onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn. Het toelaten van het aanbieden van kansspelen zonder vergunning – hetzij via internet, hetzij via een ander medium – zou in elk geval het beleid ondermijnen dat via een vergunningstelsel is gericht op beheersing. (...)”

Het subonderdeel betoogt dat beide overwegingen (en het gehele arrest van het hof) van een onjuiste rechtsopvatting blijken te geven door op Ladbrokes de bewijslast te leggen dat er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die de beperkingen (van het vrij verkeer van diensten), door de Wok opgelegd, rechtvaardigen, respectievelijk dat het totaalverbod behoudens vergunning verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is. Volgens het onderdeel was het na de constatering in rov. 4.6 dat (tussen partijen niet in geschil is dat) de toepassing van de Wok het vrij verkeer van diensten beperkt, aan de Lotto te bewijzen dat er dringende redenen van algemeen belang zijn die een uitzondering op art. 49 EG rechtvaardigen c.q. dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk en evenredig is.

Bij de beoordeling van het subonderdeel stel ik voorop dat het bestreden oordeel in beide rechtsoverwegingen inhoudt dat Ladbrokes voor haar standpunt geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd. Dat sluit geenszins uit dat in de opvatting van het hof de stelplicht (en bewijslast) ter zake van die dringende redenen en die evenredigheid weliswaar (zoals het subonderdeel lijkt te betogen) op de Lotto rustte(n), maar dat hetgeen de Lotto ter zake heeft aangevoerd, mede in het licht van de stukken, zo zeer aannemelijk was, dat het zonder (voldoende onderbouwde) betwisting door Ladbrokes als vaststaand diende te worden aangenomen. In rov. 4.14, welke rechtsoverweging is toegespitst op de betekenis van de fondsenwerving door de vergunninghouders, valt die benadering duidelijk te herkennen. Na het standpunt van de Lotto te hebben weergegeven (vijfde volzin: “Volgens De Lotto is fondsenwerving echter geen pijler, maar een neveneffect van het Nederlandse kansspelbeleid.”) heeft het hof dit standpunt van de Lotto, daarvoor steun vindend in de stukken, kennelijk zo aannemelijk geacht dat het, “(n)u Ladbrokes hiertegenover geen (voldoende onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld” (laatste volzin), het standpunt van de Lotto heeft gevolgd. Ook in rov. 4.17 (eerste volzin) herken ik de benadering dat het hof het door de Lotto verdedigde standpunt zo aannemelijk heeft geacht dat een nadere en gemotiveerde betwisting daarvan door Ladbrokes was aangewezen: “In het licht van het voorgaande oordeelt het hof voorts dat het in de Wok vervatte totaalverbod behoudens vergunning niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is, waarbij het mede in aanmerking neemt dat Ladbrokes – op wier weg dat zou hebben gelegen – niet voldoende

(onderbouwde) feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat daadwerkelijk minder beperkende maatregelen mogelijk en in de praktijk effectief zullen blijken te zijn” (onderstrepingen toegevoegd; LK).

Naar mijn mening moet intussen worden betwijfeld of in het onderhavige geschil stelplicht en bewijslast, zoals door Ladbrokes voorgestaan, daadwerkelijk op de Lotto rusten. In dat verband mag het perspectief van de onderhavige procedure niet uit het oog worden verloren: de Lotto verwijt Ladbrokes een onrechtmatige daad, omdat Ladbrokes zich onttrekt aan de voor beiden geldende wetgeving waarnaar de Lotto zich wel gedraagt, en zich aldus ten koste van de Lotto een onrechtmatige voorsprong verschaft. Ladbrokes verweert zich met de stelling dat zij zich niet aan de Nederlandse wetgeving behoeft te houden, omdat deze wegens strijd met art. 49 EG onverbindend zou zijn. Mijns inziens ligt het bij die stand van zaken voor de hand dat stelplicht en bewijslast ter zake van alle elementen die de beweerde onverbindendheid van de betrokken wetgeving constitueren, op Ladbrokes rusten. Daarbij zou ik geen consequenties willen verbinden aan het feit dat de toetsing aan art. 49 EG in twee stappen verloopt: het vaststellen van de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 en, zo die beginsel-toepasselijkheid is vastgesteld, het onderzoek naar redenen van algemeen belang die een uitzondering kunnen rechtvaardigen. Waar het doorgaans op aankomt, is die tweede stap. De beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG is (vooral omdat zij niet tot discriminerende regelingen is beperkt) zo ruim, dat in zaken waarin strijd met art. 49 wordt ingeroepen, het debat, evenals in de onderhavige zaak, zo niet uitsluitend, dan toch vooral over het zich al dan niet voordoen van een uitzondering zal worden gevoerd. Naar mijn mening kan het niet zo zijn dat in een situatie als de onderhavige de justitiabele, die zich op de nationale wetgeving verlaat, de verbindendheid van die wetgeving moet bewijzen, op de enkele grond dat zijn wederpartij die zich aan die wetgeving onttrekt, de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG stelt en (wat haar doorgaans niet moeilijk zal vallen) zonodig aantoot. Er zouden misschien redenen zijn anders te oordelen als het beroep op art. 49 EG wordt gedaan, vis-à-vis de nationale overheid die voor de betrokken wetgeving verantwoordelijk is, maar die situatie doet zich hier niet voor; Ladbrokes negeert de Wok, wacht af en zoekt niet de confrontatie met de Nederlandse overheid, bijvoorbeeld door een vergunning ingevolge de Wok te vragen of door de vergunningverlening aan de Lotto ter discussie te stellen.

Een tweede kanttekening die ik nog bij de kwestie van de bewijslast wilde maken, betreft het punt van de evenredigheid. De vanwege haar onevenredigheid onder art. 49 EG ontoelaatbare regeling is als het ware “een uitzondering op de uitzondering” op de beginsel-toepasselijkheid van art. 49 EG. Ook in dat licht meen ik dat het voor de hand ligt dat stelplicht en bewijslast ter zake niet op de Lotto, maar op Ladbrokes rusten.

3.39 Subonderdeel 19.6 is gericht tegen rov. 4.18, waarin het hof heeft geoordeeld dat van discriminatie geen sprake is:

“(…) omdat artikel 1, aanhef en onder a, Wok een ieder verbiedt om zonder vergunning gelegenheid te geven tot het deelnemen aan kansspelen. Voorts staat het ook buitenlandse bedrijven vrij een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Zo heeft Ladbrokes in het verleden een Nederlandse vergunning gehad voor het aanbieden van weddenschappen op paardenraces en heeft thans het Canadese bedrijf Autotote een Nederlandse vergunning voor diezelfde activiteiten. Ook heeft Ladbrokes met betrekking tot de op dit moment (kennelijk) bestaande beperkingen om in aanmerking te komen voor een vergunning krachtens de Wok, geen feiten gesteld waaruit kan volgen dat op enige wijze onderscheid wordt gemaakt tussen buitenlandse en Nederlandse bedrijven, anders dan waar het de plaats van vestiging betreft, waarvoor evenwel uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. In dit verband acht het hof bovendien van belang dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat de omstandigheid dat een nationale overheid aan één organisatie een vergunning verleent om bepaalde kansspelen te organiseren niet kan worden aangemerkt als een discriminatoire beperking en ook overigens niet in de weg staat aan de rechtvaardiging van de restrictieve kansspelwetgeving van de betrokken lidstaat (vgl. bijv. HvJEG 21 september 1999, zaak C-124/97 (Läära), Jurispr. 1999, p. I-6067, punt 28, en HvJEG 21 oktober 1999, zaak C-67/98 (Zenatti), Jurispr. 1999, p. I-7289, NJ 2000, 157, punt 35), dat Ladbrokes – naar onweersproken vaststaat – bij gelegenheid van verlenging van de aan De Lotto verleende vergunning geen pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen en dat zij geen rechtsmiddel heeft ingesteld tegen het besluit tot verlenging van die vergunning.”

3.40 Onder A bestrijdt het subonderdeel de geciteerde overweging als in strijd met het recht, althans onbegrijpelijk, omdat uit die overweging zelf blijkt dat een bedrijf als Ladbrokes dat elders in de EU is gevestigd, geen vergunning kan krijgen, en niet valt in te zien waarom daarvoor uit een oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat. Dit laatste klemmt volgens het subonderdeel “te meer (...) nu het in casu gaat om in Nederland te organiseren kansspelen nu de Nederlandse overheid daarover controle kan uitoefenen, ook als het organiserende bedrijf niet in Nederland maar wel in de EU is gevestigd”.

In de geciteerde overweging lees ik niet dat in de opvatting van het hof Ladbrokes geen vergunning kan krijgen, omdat zij in het buitenland is gevestigd. Het hof heeft juist vooropgesteld dat het ook buitenlandse bedrijven vrijstaat een vergunning ingevolge de Wok aan te vragen. Dat oordeel acht ik juist. Art. 1 Wok, gelezen in samenhang met de art. 16, lid 1, Wok, verbiedt ieder ander dan de vergunninghouder het organiseren van sportprijsvragen, welk verbod zowel in Nederland als in een andere lidstaat gevestigde ondernemers gelijkelijk treft. De genoemde artikelen stellen voorts geen eisen omtrent de nationaliteit of de vestigingsplaats van de vergunninghouder. Het wettelijk stelsel als zodanig houdt dan ook geen discriminatie naar nationaliteit of vestigingsplaats in. Bij die stand van zaken geldt dat, als al sprake zou zijn van met de vestigingsplaats samenhangen-

de factoren die bemoeilijken dat een in het buitenland gevestigde onderneming voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking komt (het is mij, eerlijk gezegd, niet duidelijk op welke factoren het hof in de bestreden overweging heeft gedoeld; Ladbrokes heeft het door haar gehanteerde discriminatieargument in elk geval in appel op de hierna onder 3.41 nog te bespreken bezwaren tegen het ontbreken van een openbare aanbesteding toegespitst),⁷² de consequenties daarvan aan de orde moeten worden gesteld in de bestuursrechtelijke procedure naar aanleiding van de beslissing op de aanvraag van een dergelijke vergunning, en dat zulke factoren niet jegens een marktdeelnemer als de Lotto kunnen legitimeren dat een in het buitenland gevestigde onderneming zonder vergunning ingevolge de Wok op de Nederlandse kansspelmarkt actief is. Ladbrokes mist in de onderhavige procedure dan ook belang bij haar klacht, gericht tegen het oordeel dat voor de in de bestreden rechtsoverweging bedoelde en met haar vestigingsplaats samenhangende beperkingen om voor een vergunning ingevolge de Wok in aanmerking te komen, als daarvan al sprake is, uit oogpunt van toezicht en controle goede grond bestaat.

Overigens onderschrijf ik niet het argument van Ladbrokes dat voor de zulke beperkingen uit oogpunt van toezicht en controle geen goede grond kan bestaan, nu de vergunningsplicht steeds het in Nederland organiseren van kansspelen betreft, óók als de aanbieder van die kansspelen buiten Nederland is gevestigd. Zoals de onderhavige zaak illustreert, valt ook het vanuit het buitenland via internet aanbieden van kansspelen binnen het bereik van art. 1, aanhef en onder a, Wok. Dat een dergelijke vorm van aanbieden wettelijk kwalificeert als het in Nederland gelegenheid geven tot het deelnemen aan kansspelen, impliceert op zichzelf nog niet dat in geval van een dergelijke wijze van aanbieden steeds voldoende aanknopingspunten voor een effectieve controle en een effectief toezicht voorhanden zijn.

3.41 Onder B bestrijdt het subonderdeel de geciteerde overweging met het betoog dat de Lotto de enige organisatie is die de onderhavige kansspelen kan organiseren, dat met betrekking tot de bedoelde vergunning geen openbare aanbesteding in overeenstemming met de Europese regels heeft plaatsgehad en dat de vergunning van de Lotto steeds (onderhands) is verlengd, alhoewel de Lotto als vergunninghouder de Wok regelmatig zou hebben overtreden. Ook die omstandigheden impliceren volgens het subonderdeel dat sprake is van een verboden discriminatie die aan de getroffen voorziening in de weg stond, nu de Lotto niet een in strijd met het discriminatieverbod verkregen vergunning aan haar vordering ten grondslag kan leggen

Nog daargelaten of het gemeenschapsrecht zich tegen een onderhandse verlening van de vergunning aan de Lotto c.q. een onderhandse verlenging daarvan verzet, zie ik niet in waarom een ontoelaatbare onderhandse verlening of verlenging een verboden discriminatie naar nationaliteit of vestigingsplaats zou impliceren, nu

72. Zie de pleitnotities van mr. M.O. Meulenbelt van 19 juni 2006, onder 67-70.

zij alle andere gegadigden dan de Lotto, ongeacht nationaliteit of vestigingsplaats, gelijkelijk zou treffen. Overigens stond het onderhandse karakter van de bedoelde verlening c.q. verlenging ook voor buitenlandse gegadigden als Ladbroses niet in de weg aan de mogelijkheid zich langs bestuursrechtelijke weg tegen die verlening c.q. verlenging te voorzien. Het hof heeft in rov. 4.18, slot, uitdrukkelijk mede in aanmerking genomen dat Ladbroses van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt (en evenmin pogingen heeft gedaan om die vergunning zelf te verkrijgen).

3.42 Subonderdeel 19.7 is gericht tegen rov. 4.19, waarin het hof onder meer heeft overwogen:

“(…) Het hof tekent hierbij voor de goede orde nog aan dat voor zover Ladbroses bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof (zie pleitnota Ladbroses in hoger beroep van mr. Meulenbelt onder 17 e.v.) voor haar stellingen mede een beroep heeft gedaan op (met name de punten 111 respectievelijk 128 tot en met 130 uit) de conclusie van Advocaat-Generaal Colomer van 16 mei 2006 in de bij het HvJEG aanhangige zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), uit het hiervoor (op deze punten met name in de rov. 4.14 en 4.15 respectievelijk 4.16 en 4.17) overwogene volgt dat het hof deze stellingen verworpt.”

Onder 19.7.1 betoogt het subonderdeel dat het hof de op de bedoelde conclusie gebaseerde stellingen had moeten honoreren en dat het door die stellingen te verwerpen, in de rov. 4.14-4.17 het recht onjuist heeft toegepast. Onder 19.7.2 werkt het subonderdeel verder uit welke beide rechtsregels (A en B) het hof aldus zou hebben veronachtzaamd; weliswaar suggereren de woorden “(onder meer)” dat de klachten van het subonderdeel op méér, beweerdelijk door het hof veronachtzaamde rechtsregels betrekking hebben, maar als Ladbroses met het subonderdeel daadwerkelijk zou hebben bedoeld ook de schending van andere dan de onder 19.7.2 geëxpliciteerde rechtsregels aan de orde te stellen, mist het in zoverre voldoende bepaaldheid.

3.43 De eerste, volgens het subonderdeel onder 19.7.2 veronachtzaamde rechtsregel houdt in, dat, indien in een land (zoals Nederland) de kansspelwetgeving heeft geleid tot een sterke toename van de spelmogelijkheden en deelname in uitgebreide reclame etc. wordt aangemoedigd, een dergelijk land zich niet ter rechtvaardiging van een inbreuk op het principe van het vrij verkeer van diensten op het tegengaan van gokverslaving kan beroepen.

In de zaak Placanica was aan de orde dat de betrokken lidstaat (Italië), naar de verwijzende rechter uitdrukkelijk had vastgesteld (zie punt 54 van het arrest van het HvJ EG: “Volgens de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione staat vast dat de Italiaanse wetgever in de kanspelsector een expansiebeleid voert met het doel de belastingopbrengsten te verhogen, en dat er geen rechtvaardiging voor de Italiaanse regeling kan worden ontleend aan de doelstellingen van beperking

van de goklust van de consument of van beperking van het spelaanbod.”), in de kansspelsector een expansiebeleid voerde met als doel de belastingopbrengsten te verhogen. A-G Colomer had zich in zijn conclusie voor het arrest eveneens slechts uitgelaten over het geval dat een lidstaat een kansspelbeleid van sterke expansie van de kansspelen en weddenschappen voert (zie punt 111 van die conclusie: “Het Hof heeft het inconsistent geacht, de schade als gevolg van handelingen die in de hand worden gewerkt, te voorkomen (...), zoals het geval is wanneer een staat een beleid van sterke expansie van de kansspelen en weddenschappen voert (...); bijgevolg lijkt fraudebestrijding de enige rechtvaardiging van de litigieuze beperkingen.”). In het bestreden arrest heeft het hof daarentegen vastgesteld dat het kansspelbeleid van de Nederlandse overheid erop is gericht en ook ertoe leidt dat “de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen worden beperkt en als gevolg van het gevoerde restrictieve beleid de gelegenheden om te spelen relevant minder zijn dan zonder dat beleid het geval zou zijn, dat wil zeggen dat door het gereguleerde aanbod het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan de omvang die het gokken zonder het (nationale) stelsel van regulering zou aannemen” (rov. 4.16). De door het subonderdeel bedoelde rechtsregel, die is ontwikkeld voor het geval dat een lidstaat een op expansie gericht kansspelbeleid voert, is door het hof niet miskend, omdat een dergelijk geval van een op expansie gericht kansspelbeleid zich volgens de vaststellingen van het hof niet voordoet. Het subonderdeel kan in zoverre dan ook niet slagen.

3.44 Onder B klaagt het subonderdeel over een schending van de rechtsregel dat, indien in een lidstaat (hier: het Verenigd Koninkrijk) de kansspelen zijn gereglementeerd en de beweegredenen voor reglementering dezelfde zijn (in casu bij fraudebestrijding), de autoriteiten van de Staat waar de dienst geleverd wordt (hier: in Nederland) – waar de dienst overigens hoogstens aangeboden kan worden – aannemen dat er sprake is van een voldoende waarborg van integriteit. Bij de beoordeling van deze klacht stel ik voorop dat, anders dan in de zaak Placanica op aangeven van de verwijzende rechter met betrekking tot het Italiaanse kansspelbeleid werd aangenomen, het vereiste van een vergunning in het Nederlandse kansspelbeleid niet louter strekt ter waarborging van de integriteit van de aanbieders van kansspelen. Het voorbehouden van het aanbieden van kansspelen aan de houders van een vergunning (in het geval van sportweddenschappen en de lotto aan één vergunninghouder) is mede gericht op het beteugelen van de goklust door een kanalisatie daarvan. Waar zeker op dat punt de door de nationale overheden binnen het raam van de hun op grond van het gemeenschapsrecht toekomende beoordelingsvrijheid gemaakte keuzes (sterk) uiteenlopen, kan, zoals in het voorgaande al aan de orde kwam, een in een lidstaat verkregen vergunning niet waarborgen dat de activiteiten van de betrokken aanbieder ook in andere lidstaten aan de (legitieme) vereisten van het aldaar gevoerde kansspelbeleid beantwoorden. Overigens wijs ik erop dat de beschouwingen van A-G Colomer over de betekenis van de in een andere lidstaat verkregen vergunning in het Placanica-arrest geen neerslag hebben gevonden. Met betrekking tot de eis van een vergun-

ning heeft het HvJ EG (in punt 65) slechts benadrukt dat “(h)et vereiste dat de in de kanspelsector actieve marktdeelnemers en hun lokalen worden onderworpen aan een initiële controle en aan een voortdurend toezicht (...) duidelijk bij(draagt) tot het doel, te voorkomen dat deze marktdeelnemers bij criminele of frauduleuze activiteiten worden betrokken, en (...) een maatregel (lijkt) te zijn die volledig evenredig is aan dat doel”, zonder daarbij te reppen van de betekenis van een in een andere lidstaat verkregen vergunning; daarentegen heeft het HvJ EG (in punt 66) van belang geacht dat “verdachten in de hoofdzaken echter bereid (waren) om (in Italië; LK) vergunningen te verkrijgen en zich aan een dergelijke controle en een dergelijk toezicht te onderwerpen”. Ten slotte teken ik nog aan dat, voor zover in het onderhavige geschil al van betekenis is dat (in de woorden van A-G Colomer in punt 128 van diens conclusie) in andere landen van de Unie uitgevoerde controles en de aldaar gestelde zekerheden niet mogen worden genegeerd of buiten beschouwing mogen worden gelaten, die betekenis mogelijk hierin zou zijn gelegen dat Ladbrokes niet een vergunning zou mogen worden geweigerd vanwege aspecten die reeds door de haar in een andere lidstaat verleende vergunning worden “gedekt”. Die omstandigheid zou echter geenszins rechtvaardigen dat Ladbrokes de eis van een vergunning ingevolge de Wok volledig negeert en zonder een dergelijke vergunning op de Nederlandse kansspelmarkt actief is, al was het maar omdat de Nederlandse autoriteiten minst genomen in de gelegenheid moeten worden gesteld zich (vooraf) van de door de buitenlandse vergunning geboden waarborgen te vergewissen.

3.45 Onderdeel VIII is gericht tegen de rov. 4.26-4.29, waarin het hof de vierde grief van Ladbrokes heeft besproken.

3.46 In rov. 4.27 heeft het hof onder meer als volgt overwogen:

“Het hof stelt voorop dat, nu zich hier de situatie voordoet dat Ladbrokes in Nederland gelegenheid geeft tot het via internet deelnemen aan de kansspelen, een maatregel die ertoe strekt dat Ladbrokes met de aan haar ter beschikking staande software deelneming aan de kansspelen via internet op dezelfde wijze onmogelijk maakt als is geschied ten aanzien van potentiële deelnemers in de Verenigde Staten, niet disproportioneel is te noemen (...).”

Het onderdeel klaagt allereerst (onder 21 en 22) dat het hof niet (begrijpelijk) heeft getoetst aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium, dat wil zeggen niet heeft onderzocht of de bedoelde voorziening (blokkeren van de website voor Nederlandse ingezetenen) daadwerkelijk bijdraagt aan de ter rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid aangevoerde doelstellingen en in het licht van die doelstellingen niet disproportioneel is.

Zoals in het voorgaande (met name bij de bespreking van de onderdelen II, III, IV, VI en VII) al herhaaldelijk aan de orde kwam, kan de toelaatbaarheid van de in het onderhavige geschil getroffen en op de beëindiging (c.q. het voorkomen) van een onrechtmatig handelen van Ladbrokes jegens de Lotto gerichte voorzie-

ning niet afhankelijk worden gesteld van een toetsing of zij, op zichzelf beschouwd, daadwerkelijk en aantoonbaar aan de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid beantwoordt.

3.47 De klachten van het onderdeel spitsen zich vervolgens toe op rov. 28, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“Reeds hieruit volgt dat een dergelijk verbod niet, zoals Ladbrokes wel wil, behoeft te worden beperkt tot kansspelen waarvoor De Lotto een vergunning heeft. Die conclusie vindt ook hierin zijn rechtvaardiging dat als Ladbrokes (zonder Nederlandse vergunning daartoe) kansspelen in Nederland aanbiedt via internet die De Lotto niet mag aanbieden, of een combinatie aanbiedt van die spelen met spelen die De Lotto wel mag aanbieden, zij zich – mede gelet op het daaromtrent hiervoor overwogene – aldus evenzeer een ongeoorloofde voorsprong verschaft op haar concurrent, De Lotto.”

Het onderdeel klaagt (onder 24) allereerst dat de geciteerde overweging rehtens onjuist of onbegrijpelijk is, nu het hof daarmee uit het oog heeft verloren dat, waar de opgelegde maatregel hierdoor wordt gerechtvaardigd dat Ladbrokes een oneerlijke voorsprong in de concurrentie met de Lotto heeft, het enkele door Ladbrokes in Nederland gelegenheid geven aan een kansspel deel te nemen op zichzelf niet impliceert dat van oneerlijke concurrentie sprake is

De klacht kan niet tot cassatie leiden. In de gedachtegang van het hof ligt besloten dat Ladbrokes zich niet alleen een oneerlijke voorsprong op de Lotto verschaft door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto een vergunning heeft en die de Lotto slechts in overeenstemming met de beperkende voorwaarden van de betrokken regelgeving en van die vergunning mag aanbieden, maar ook door het zonder vergunning aanbieden van kansspelen waarvoor de Lotto géén vergunning heeft en die de Lotto daarom überhaupt niet mag aanbieden, naar welk gebod de Lotto zich gedraagt (en zich, zeker als vergunninghouder voor andere kansspelen, ook moet gedragen). Deze gedachtegang geeft niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk en is evenmin onbegrijpelijk.

Voorts klaagt het onderdeel (onder 25) dat de geciteerde overweging ook daarom onjuist en onbegrijpelijk is, omdat niet zonder meer valt in te zien hoe sprake kan zijn van concurrentie ten aanzien van diensten die de Lotto niet aanbiedt en waarmee Ladbrokes derhalve niet met de Lotto concurreert. Volgens het onderdeel kan dit slechts anders zijn als de door Ladbrokes aangeboden diensten met andere diensten van de Lotto concurreren, waaromtrent echter niets is vastgesteld. Ten slotte staat de mogelijkheid dat Ladbrokes aan de Lotto vergunde diensten combineert, niet in de weg aan een verbod dat beperkt is tot de diensten die concurreren, zodat ook dat geen begrijpelijke motivering (van de handhaving) van het opgelegde (ruime) verbod kan vormen.

Waar Ladbrokes en de Lotto beiden op de Nederlandse kansspelmarkt actief zijn, valt niet in te zien waarom het de tussen hen bestaande concurrentieverhoudingen

niet zou beïnvloeden en waarom Ladbrokes zich niet een oneerlijk concurrentievoordeel zou verschaffen, als Ladbrokes het voor hen beiden geldende verbod om zonder vergunning bepaalde kansspelen aan te bieden negeert en die kansspelen aan haar aanbod toevoegt, daar waar de Lotto zich naar dat verbod blijft gedragen en haar aanbod niet met die kansspelen uitbreidt (en ook niet kan uitbreiden). Of de bedoelde kansspelen substitueerbaar zijn met kansspelen die de Lotto wel aanbiedt, is in dat verband niet beslissend. Als de kansspelen die Ladbrokes in strijd met de wet aanbiedt niet substitueerbaar zijn met de aan de Lotto vergunde kansspelen, maakt dat de voorsprong die Ladbrokes zich op de Lotto verschaft door in strijd met de wet te handelen, alleen maar groter, daar zij zich dan in zoverre ten opzichte van haar concurrente de Lotto in wezen een monopoliepositie verwert.

3.48 Onderdeel IX ten slotte klaagt, dat het hof het recht heeft geschonden althans onbegrijpelijk heeft beslist, door met een beroep op de doelstellingen die aan de Wok ten grondslag liggen een maatregel te rechtvaardigen die volgens het hof zelf met art. 49 EG in strijd is (rov. 4.6), nu die maatregel op vordering van de Lotto (een concurrente van Ladbrokes) is getroffen, aan de Lotto zelf geen beroep op de Wok toekomt (rov. 4.22) en de Nederlandse overheid de Wok niet handhaaft jegens Ladbrokes (en vergelijkbare aanbieders) en/of deelnemers aan de door Ladbrokes georganiseerde kansspelen.

Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat ik in het bestreden arrest niet lees dat ook het hof van oordeel zou zijn dat de aan Ladbrokes opgelegde maatregel in beginsel binnen het bereik van art. 49 EG zou vallen. Rov. 4.6, waarnaar het onderdeel in dit verband verwijst, betreft mijns inziens niet de vraag of die maatregel, maar of de toepassing (in de zin van toepasselijkheid) van art. 1, aanhef en onder a, Wok op de door Ladbrokes aangeboden diensten in beginsel door art. 49 EG wordt bestreken. Die vraag is in de gedachtegang van het hof van belang omdat zij medebepalend is voor de beantwoording van de vraag of onverbindendheid van de door Ladbrokes overtreden wettelijke bepaling eraan in de weg staat dat de Lotto zich op die overtreding als bestanddeel van een door Ladbrokes jegens haar gepleegde onrechtmatige daad beroept. Het hof heeft dienangaande in rov. 4.19 geconcludeerd dat “de toepassing van (artikel 1, aanhef en onder a, van) de Wok niet in strijd is met artikel 49 EG en dat, gelet op de directe werking van laatstgenoemde bepaling, De Lotto als vergunninghouder zich mag beroepen op de gerechtvaardigdheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving”. In de gedachtegang van het hof strekt de opgelegde maatregel, in overeenstemming met dit een en ander, niet tot handhaving van de Wok, maar tot redres van een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad, waarvan de door Ladbrokes gepleegde overtreding van de Wok maar één van de bestanddelen vormt. Ik verwijs naar rov. 4.22, waarin het hof buiten twijfel heeft gesteld dat de Lotto zich niet primair op art. 1, aanhef en onder a, Wok, maar op art. 6:162 BW heeft beroepen (waarbij de toepasselijkheid van art. 6:162 BW mede wordt bepaald door de omstandigheid dat Ladbrokes de Wok heeft overtreden), en op rov. 4.26, waarin het hof nog eens

heeft benadrukt dat de getroffen voorziening haar rechtvaardiging vindt, niet in het feit dat Ladbrokes de Wok heeft overtreden, maar in het feit dat zij (mede daardoor) onrechtmatig jegens de Lotto heeft gehandeld. De door het onderdeel kennelijk bedoelde ongerijmdheid dat de getroffen maatregel zou strekken tot (een door het hof gerechtvaardigd geachte) handhaving van de Wok, terwijl aan de Lotto geen beroep op de Wok zou toekomen (het hof heeft, meer precies, in rov. 4.22 overwogen dat “de Wok niet de strekking heeft vergunninghouders te beschermen tegen concurrentie door niet-vergunninghouders”) en de Nederlandse overheid de Wok niet actief zou handhaven, doet zich in werkelijkheid dan ook niet voor. Overigens meen ik dat de uit het onderdeel blijkende misvatting dat de getroffen maatregel de pretentie zou hebben de Wok te handhaven, mede een rol speelt bij de in het kader van de onderdelen II, III, IV, VI en VII reeds besproken onjuistheid van de opvatting dat mede zou moeten worden getoetst of de getroffen maatregel ook als zodanig aan de doelstellingen van de Wok beantwoordt en in het licht van die doelstellingen niet disproportioneel is. Ook onderdeel IX kan daarom niet tot cassatie leiden.

4. Prejudiciële vragen?

4.1 Alhoewel ik het cassatieberoep van Ladbrokes ongegrond acht, ga ik ten slotte in op de vraag of dat beroep de Hoge Raad aanleiding tot prejudiciële vragen zou moeten geven, niet alleen omdat Ladbrokes daarop heeft aangedrongen, maar ook omdat recente ontwikkelingen ertoe dwingen die vraag nader onder ogen te zien.

4.2 Ik stel voorop dat in de onderhavige (bodem)procedure voor de Hoge Raad niet slechts een bevoegdheid, maar ook een verplichting tot prejudiciële verwijzing geldt, voor zover redelijke twijfel over de beantwoording van een daarin opgeworpen vraag van gemeenschapsrecht zou bestaan. Een verplichting tot prejudiciële verwijzing geldt uiteraard niet, als beantwoording van een dergelijke vraag voor de beslissing van het geschil niet noodzakelijk is (vergelijk art. 243 EG, tweede alinea: “indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht”). In cassatie betekent dat onder meer dat een prejudiciële verwijzing niet nodig is (en, naar de letter van art. 234 EG, tweede alinea, zelfs niet mogelijk is), voor zover klachten die op zichzelf serieuze vragen van gemeenschapsrecht aan de orde stellen, hoe dan ook niet tot cassatie kunnen leiden, bijvoorbeeld omdat zij een voldoende bepaaldheid of feitelijke grondslag missen of de eiser tot cassatie een voldoende belang bij de betrokken klachten mist. Ik herinner eraan dat naar mijn mening veel van de klachten van Ladbrokes al om die reden voor afdoening gereed liggen.

4.3 De vraag of het stellen van prejudiciële en voor de beslissing van het geschil relevante vragen vanwege een voldoende twijfel over de beantwoording daarvan is aangewezen, is niet steeds eenvoudig te beantwoorden. De nationale rechter moet in dat verband zijn weg vinden tussen enerzijds de in de rechtspraak van het

HvJ EG streng geformuleerde verwijzingsplicht⁷³ en anderzijds de wens het HvJ EG niet onnodig (verder) te belasten en de nationale procedure niet zonder voldoende zwaarwegende redenen aanzienlijk te vertragen. Een gezichtspunt in verband met dat laatste is voorts dat aanhangige prejudiciële procedures tot rechts-onzekerheid kunnen leiden en dat zij in de praktijk de rechtshandhaving kunnen verlammen, zoals in de jaren 80 van de vorige eeuw in verband met de visserij-quoteringsregelingen het geval was.

4.4 Zoals hiervóór (onder 2.6) al aan de orde kwam, is bij het HvJ EG een aantal prejudiciële zaken over de Europeesrechtelijke aspecten van nationaal kansspel-beleid aanhangig. Daaruit blijkt dat rechters in andere lidstaten voldoende grond en aanleiding voor prejudiciële vragen hebben gezien. Soms kiezen die vragen de Europeesrechtelijke ontoelaatbaarheid van het nationale kansspelbeleid tot uitgangspunt,⁷⁴ soms trachten zij het HvJ EG een uitspraak te ontlokken over de verhouding van de restrictieve doelstellingen van de betrokken regelingen en de mogelijk aanmoedigende werking van de (reclame-)activiteiten van de nationale vergunninghouders.⁷⁵ Ook de toelaatbaarheid van een nationaal monopolie voor bepaalde kansspelen⁷⁶ en het weren van aanbieders met een in een andere lidstaat verkregen vergunning⁷⁷ is in de bij het HvJ EG voorliggende vragen al aan de orde.

4.5 Ook de AbRvS is, zoals hiervóór vermeld (onder 2.10), voornemens prejudiciële vragen te stellen. Er is nog geen verwijzingsuitspraak en de te stellen vragen zijn nog niet bekend, maar ik verwacht niet dat die vragen voor het onderhavige geschil beslissend zullen zijn. Waar de AbRvS de rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid eerder heeft geaccepteerd (zie hiervoor onder 2.8 en 2.9), ligt het voor de hand dat die (in de bestuursrechtelijke procedure te formuleren) vragen zullen zijn toegespitst op de techniek van verlening c.q. verlenging van vergunningen ingevolge de Wok. Het perspectief van het onderhavige geding, waarin de buitenlandse aanbieder zelf geen vergunning ingevolge de Wok tracht te verkrijgen en evenmin de verlening c.q. verlenging van de aan de Lotto verleende vergunning ter discussie stelt, maar de eis van een vergunning ingevolge de Wok negeert (en zich daardoor volgens de Lotto jegens haar een oneerlijk concurrentievoordeel verwerft) is een wezenlijk ander perspectief dan dat van de bestuursrechtelijke procedure.

73. Zie in het bijzonder HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (Cilfit), Jurispr. 1982, p. 3415, NJ 1983, 55.

74. Zie zaak C-409/06 (Winner Wetten), de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.) en (last but not least) zaak C-64/08 (Engelmann).

75. Zie zaak C-525/06 (Euro Millions) en zaak C-46/08 (Carmen Media Group).

76. Zie zaak C-42/07 (Liga Portuguesa de Futebol Profissional), in welke zaak overigens mede aan de orde is dat het monopolie mede de aanbidding van kansspelen over internet bestrijkt, de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.), zaak C-46/08 (Carmen Media Group) en zaak C-64/08 (Engelmann).

77. De gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07 (Markus Stoss e.a.).

4.6 De dreigende inbreukprocedure tegen Nederland (zie hiervóór onder 2.17) is voor het onderhavige geding wel relevant. Het met redenen omklede advies is mij niet bekend, maar uit het persbericht van de Commissie en uit de brief van de minister van Justitie van 4 maart 2008 aan de Eerste Kamer leid ik af dat zowel het beweerdelijk ontbreken van een samenhangend en stelselmatig beleid dat erop is gericht de gelegenheden tot gokken echt te beperken, als het afwijzen van het uitgangspunt van “wederzijdse erkenning” in het geval dat een buitenlandse vergunninghouder in Nederland kansspelen wenst aan te bieden, van een eventuele inbreukprocedure inzet zouden kunnen zijn.

4.7 Ik heb mij afgevraagd op welke thema’s eventueel door de Hoge Raad te stellen prejudiciële vragen iets aan de al aanhangige en nog te verwachten procedures bij het HvJ EG zouden kunnen toevoegen.

Allereerst is er het thema van de rechtvaardiging van het Nederlandse kansspelbeleid, zoals gevoerd op basis van de Wok. Men kan zich afvragen of dat thema zich voor een prejudiciële procedure leent. Tot dusverre heeft het HvJ EG een eindoordeel over de rechtvaardiging van het nationale kansspelbeleid ook in de meer evidente (Italiaanse) zaken aan de verwijzende nationale rechter overgelaten. Een beter kader voor een inhoudelijke beoordeling van nationaal kansspelbeleid door het HvJ EG vormt mijns inziens een inbreukprocedure, zoals thans tegen de lidstaat Nederland dreigt. Als de Commissie die inbreukprocedure doorzet, zal dat hoe dan ook tot een oordeel ten gronde van het HvJ EG over de toelaatbaarheid van het Nederlandse kansspelbeleid onder het gemeenschapsrecht leiden. Zou de Hoge Raad over dat thema niettemin een vraag willen stellen, dan zou een vraag van de volgende inhoud denkbaar zijn:

“Voldoet een op kanalisatie van de speellust gericht, restrictief nationaal kansspelbeleid dat daadwerkelijk eraan bijdraagt dat de met de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstellingen, te weten de beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, worden bereikt doordat dankzij het geregleerde aanbod van kansspelen het gokken van (veel) beperkter omvang blijft dan zonder het nationale stelsel van regulering het geval zou zijn, aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder in het arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli), Jurispr. 2003, p. I-13031, geformuleerde voorwaarde dat het de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijzen beperkt, óók als aan de (enige) vergunninghouder is toegestaan zijn kansspelaanbod aantrekkelijk te maken door nieuwe kansspelen te introduceren, zijn kansspelaanbod door reclame onder de aandacht van een breed publiek te brengen en aldus (potentiële) spelers van het illegale aanbod van kansspelen af te houden (vergelijk HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (Placanica), Jurispr. 2007, p. I-1891, punt 55, slot)?”

Een ander thema dat als rode draad door het betoog van Ladbrokes loopt, betreft de toetsing van de in concreto getroffen maatregel (het gebod tot het ontoegan-

kelijk maken van de website voor spelers uit Nederland) aan het zogenaamde derde Gambelli-criterium. Een eventuele prejudiciële vraag daarover zou mijns inziens recht moeten doen aan de bijzondere context van de onderhavige procedure, waarin niet de handhaving van de Wok, maar het redresseren van een door Ladbrokes jegens de Lotto gepleegde onrechtmatige daad aan de orde is.

“Aangenomen dat een nationale regeling van het kansspelbeleid met artikel 49 EG verenigbaar is, moet dan een door de nationale rechter in een civiele procedure aan één van de daarbij betrokken partijen op te leggen maatregel (zoals een aan die partij op te leggen gebod tot het ontoegankelijk maken van haar website voor deelname aan de daarop geboden kansspelen door ingezetenen van betrokken lidstaat), te treffen op de grond dat deze partij jegens haar wederpartij onrechtmatig handelt doordat zij de betrokken nationale regeling overtreedt en zich aldus een oneerlijke concurrentievoorsprong op haar wederpartij verwerft, als zodanig en op zichzelf voldoen aan de voorwaarde dat hij daadwerkelijk aan het bereiken van de doelstellingen van de wettelijke regeling bijdraagt, ook al is hij niet op handhaving van de betrokken regeling maar op het redresseren van een naar burgerlijk recht gepleegde onrechtmatige daad gericht?”

Een laatste thema dat op meer plaatsen in het middel van cassatie aan de orde is, betreft de betekenis van een in een andere lidstaat verkregen vergunning. Vragen daarover zijn reeds bij het HvJ EG aanhangig, terwijl de kwestie van de “wederzijdse erkenning” ook een rol speelt in het debat tussen de Nederlandse regering en de Commissie in verband met de dreigende inbreukprocedure. Naar mijn mening is het bij de gegeven stand van het gemeenschapsrecht, waarbij sterk uiteenlopende nationale regelingen op het gebied van het kansspelbeleid met onderling verschillende niveaus van bescherming toelaatbaar zijn, nauwelijks denkbaar dat aan een in een lidstaat verleende vergunning a priori betekenis wordt gehecht met betrekking tot de in een andere lidstaat verlangde waarborgen. Zou de Hoge Raad daarover niettemin een vraag willen stellen, dan zou hij wellicht kunnen aansluiten bij de vragen die al bij het HvJ EG aanhangig zijn of (beter nog) bij de vragen die de AbRvS in haar eerdaags te verwachten uitspraak mogelijk zal stellen.

4.8 Naar mijn mening zou de Hoge Raad, ook als hij tot een prejudiciële verwijzing zou besluiten, de (sub)onderdelen die zich daarvoor nu al lenen, bij voorkeur zoveel mogelijk moeten afdoen. Daarom concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep van Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals hiervóór (onder 4.7) voorgesteld, voor het overige.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep van Ladbrokes, geheel of gedeeltelijk, voor zoveel als thans mogelijk, en, voor het geval van een gedeeltelijke verwerping van het beroep, tot het stellen van prejudiciële vragen, zoals hiervóór onder 4.7 voorgesteld.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

Voorzieningenrechter Amsterdam 19 juni 2008
Hollandse Hoogte
LJN-nummer BD4785

Portretrecht, privacy, redelijk belang, recht op openbaarmaking

Hollandse Hoogte heeft op haar website een foto geplaatst, met daarop eiseres in hardloopuitrusting afgebeeld, joggend achter een kinderwagen en met een MP3-speler op. Hollandse Hoogte heeft die foto in licentie gegeven aan o.a. de Consumentenbond, die de foto in publicaties gebruikt heeft. Het recht op privacy van eiseres niet zodanig is geschonden dat het recht op openbaarmaking van de foto door Hollandse Hoogte daarvoor moet wijken. Eiseres heeft dan ook geen redelijk belang zich tegen de openbaarmaking te verzetten.

VONNIS

in de zaak van

[eiseres],
wonende te [woonplaats],
eiseres bij dagvaarding van 3 april 2008,
procureur mr. E.C. Flohil,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
HOLLANDSE HOOGTE B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,

476

procureur mr. F.F. Blokhuis.

Partijen zullen hierna [eiseres] en Hollandse Hoogte worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 28 mei 2008 heeft [eiseres] gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Hollandse Hoogte heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

2.1. Hollandse Hoogte houdt zich onder meer bezig met het vervaardigen en verhandelen van grafische ontwerpen alsmede met foto- en illustratiebemiddeling. Zij exploiteert daartoe een online databank waarin meer dan 3,5 miljoen foto's zitten. Deze foto's kunnen worden geraadpleegd via de website [webadres].

2.2. Hollandse Hoogte heeft op haar website een foto geplaatst die in juni 2007 nabij sportpark Het Loopveld op de grens Amsterdam en Amstelveen is genomen door fotograaf [persoon 1]. Op de foto, die schuin van achteren is genomen, staat [eiseres] in hardloophuistrusting afgebeeld, joggend achter een kinderwagen en met een MP3-speler op.

De foto van [eiseres] is geplaatst onder de categorie 'editorial use' en is voor het publiek alleen in een klein formaat van circa 100x140 pixels te raadplegen. Een beperkte groep afnemers, redactieleden van de media, die -na goedkeuring van Hollandse Hoogte- toegang tot de website heeft gekregen, kan de foto op groter formaat zien en bestellen en daarvan kunnen alleen vaste journalistieke gebruikers de foto direct downloaden.

2.3. Hollandse Hoogte heeft de foto van [eiseres] in licentie gegeven aan de Consumentenbond en de Universiteit Wageningen. De Consumentenbond heeft de foto in de Consumentengids gepubliceerd bij een artikel met als titel: 'Mp3-speler kiezen: geheugengrootte als uitgangspunt' en als subtitel: 'In de trein, joggend in het park of gewoon thuis op de bank: de mp3-speler is overal te gebruiken. Maar voor wie is welk apparaat nu geschikt?'. De Consumentengids heeft een oplage van 600.000.

2.4. Bij brief van 1 februari 2008 heeft (de raadvrouw van) [eiseres] aan Hollandse Hoogte medegedeeld dat zij inbreuk op het portretrecht van [eiseres] maakt en dat zij onrechtmatig jegens [eiseres] handelt. [eiseres] heeft Hollandse Hoogte gesommeerd deze handelwijze te staken. Daarnaast heeft [eiseres] Hollandse Hoogte aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade.

2.5. Hollandse Hoogte heeft [eiseres] bericht niet bereid te zijn de foto definitief van haar website te verwijderen. Zij heeft dit wel in afwachting van een uitspraak in dit kort geding gedaan.

3. Het geschil

3.1. [eiseres] vordert samengevat - Hollandse Hoogte te gebieden iedere inbreuk op het portretrecht van [eiseres] te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder Hollandse Hoogte te gebieden om het openbaar maken en/of het verveelvoudigen van de foto voor commerciële doeleinden te staken en gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom. Verder vordert [eiseres] Hollandse Hoogte te gebieden om binnen 7 dagen na betekening van dit vonnis een schriftelijke van alle relevante documenten vergezeld door een registeraccountant opgestelde en geaccordeerde verklaring aan [eiseres] te doen toekomen van het aantal keer dat de foto van [eiseres] door Hollandse Hoogte is verspreid en/of openbaar gemaakt. Ten slotte vordert [eiseres] Hollandse Hoogte te veroordelen aan haar € 5.000,- te voldoen als voorschot op haar schade, met veroordeling van Hollandse Hoogte in de volledige proceskosten.

3.2. [eiseres] heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat de foto zonder haar medeweten is gemaakt en dat zij geen toestemming heeft gegeven voor het publiceren dan wel exploiteren van de foto. Zij heeft een redelijk belang om zich daartegen te verzetten. Het redelijk belang is volgens haar in de eerste plaats gelegen in het fundamentele recht om met rust gelaten te worden. [eiseres] houdt er niet van om gefotografeerd te worden, laat staan dat haar afbeelding zonder haar medeweten aan derden wordt verkocht. Daar komt nog bij dat [eiseres] op de foto op een voor haar ongemakkelijke wijze is afgebeeld, namelijk joggend en in strakke niets verhullende kleding. Verder heeft [eiseres] gesteld dat zij het recht om haar portret voor commerciële doeleinden te gebruiken zelf wenst te hebben. Zij is verscheidene malen, met name door haar sportieve uitstraling, benaderd om haar portret ten behoeve van commerciële doeleinden in te zetten, maar is daar nooit op ingegaan. Het is voor haar onacceptabel dat Hollandse Hoogte haar portret – zonder haar medeweten of toestemming – wél commercieel benut. Naar de mening van [eiseres] dient haar privacybelang te prevaleren boven de vrijheid van meningsuiting van Hollandse Hoogte omdat Hollandse Hoogte naast een commercieel belang geen enkel belang heeft om nu juist het portret van [eiseres] openbaar te maken. Zij had evengoed een portret kunnen gebruiken van een derde die daar wel toestemming voor heeft gegeven. De door [eiseres] geleden schade heeft zij begroot op € 5.000,-.

3.3. Hollandse Hoogte heeft verweer gevoerd dat voor zover van belang hierna onder de beoordeling aan de orde zal komen.

4. De beoordeling

4.1. In het kader van de bescherming van haar persoonlijke levenssfeer heeft [eiseres] zich beroepen op haar portretrecht.

Hollandse Hoogte heeft primair betwist dat hier sprake is van een portret omdat de afbeelding van [eiseres] op een zodanig klein formaat op de website is geplaatst dat zij in het geheel niet herkenbaar is.

Dit verweer slaagt niet, nu alle personen die daartoe van Hollandse Hoogte toestemming hebben verkregen de mogelijkheid hebben de foto van [eiseres] te vergroten. Daarmee komt [eiseres] herkenbaar in beeld. Weliswaar is de foto schuin van achteren genomen en is het gelaat van [eiseres] niet geheel zichtbaar, maar gelet op de wijze waarop [eiseres] staat afgebeeld is aannemelijk dat wie [eiseres] kent haar in de afbeelding zal herkennen.

4.2. Hollandse Hoogte heeft zich verder op het standpunt gesteld dat de wijze waarop de foto van [eiseres] op de website is geplaatst niet kan worden aangemerkt als een openbaarmaking. Hierin wordt Hollandse Hoogte niet gevolgd.

Het enkel plaatsen van de foto – in welke vorm dan ook – op de website van Hollandse Hoogte die door eenieder kan worden geraadpleegd maakt dat sprake is van een openbaarmaking.

4.3. Vaststaat dat de foto is gemaakt zonder medeweten en toestemming van [eiseres] en ook dat de foto op de website is geplaatst zonder haar toestemming. [eiseres] kan zich dan tegen openbaarmaking verzetten, voor zover zij hierbij een redelijk belang heeft.

4.4. In beginsel is sprake van een redelijk belang van de geportretteerde om zich tegen de openbaarmaking van zijn portret te verzetten, indien deze openbaarmaking inbreuk maakt op zijn recht op privacy. Of van een dergelijke inbreuk sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, met name van de aard en de mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, terwijl ook het karakter van de foto en de context van de publicatie van belang kunnen zijn.

4.5. De foto van [eiseres] is op zich zelf een onschuldige foto die op geen enkele wijze compromitterend of aanstootgevend is. [eiseres] is op de foto gekleed in sportuitrusting. Van naakt of 'niets verhullende kleding' is geen sprake. Verder is de foto (eenmalig) genomen in de openbaarheid zonder dat zij het gemerkt heeft. Dat zij dan ook in een situatie verkeert, zoals bekende personen die veelvuldig ongewild worden gefotografeerd, die de wens rechtvaardigt met rust gelaten te worden wordt niet aannemelijk geacht. Het kan zo zijn dat [eiseres] niet graag gefotografeerd wordt, maar dat is onvoldoende om een redelijk belang aan te nemen.

Verder is de wijze van openbaarmaking van de foto van belang. Hollandse Hoogte heeft de foto op haar website met 3,5 miljoen foto's geplaatst in een klein formaat en onder de categorie 'editorial use'. De context waarin Hollandse Hoogte de foto

heeft geplaatst maakt het voorgaande dan ook niet anders. Hollandse Hoogte kan er overigens niet verantwoordelijk voor worden gehouden dat afnemers van de foto de foto mogelijk in een diskwalificerende context plaatsen.

Ten slotte heeft [eiseres] gesteld dat zij het recht om haar portret voor commerciële doeleinden te gebruiken zelf wenst te hebben. In dit verband is van belang, zoals Hollandse Hoogte heeft bepleit, dat het Hollandse Hoogte uitsluitend gaat om de afbeelding van een sportieve moeder met Mp-3 speler en niet om het portret van [eiseres]. [eiseres] is immers geen bekende Nederlander, model of sporter die haar portret commercieel kan exploiteren. Daarbij komt nog dat er geen enkele aanleiding bestaat om aan te nemen dat [eiseres] van plan is haar portret voor commerciële doeleinden te gaan gebruiken. In tegendeel, [eiseres] heeft zelf verklaard dat zij zichzelf niet graag op foto's ziet.

4.6. Op grond van de hiervoor geschetste omstandigheden wordt geoordeeld dat het recht op privacy van [eiseres] niet zodanig is geschonden dat het recht op openbaarmaking van de foto door Hollandse Hoogte daarvoor moet wijken. [eiseres] heeft dan ook geen redelijk belang zich tegen de openbaarmaking te verzetten. De vorderingen van [eiseres] zijn dan ook niet toewijsbaar.

4.7. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Hollandse Hoogte worden begroot op:

– vast recht	€ 254,-
– salaris procureur	€ 816,-
Totaal	€ 1.070,-

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van Hollandse Hoogte tot op heden begroot op € 1.070,-,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.Y.C. Poelmann, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. B.P.W. Busch, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 juni 2008.

Hof Amsterdam 20 juni 2008
Belediging Verdonk
LJN-nummer BD7024

**Strafrecht, belediging, discriminatie, vrijheid van meningsuiting,
art. 137c Sr., art. 137d Sr, art. 10 EVRM, semi-openbaar karakter
internetforum, bronvermelding of doorhaling geen afstand van
tekst, weblog**

Verdachte heeft op zijn internetpagina verschillende teksten geplaatst waarin hij zich op beledigende wijze uitlaat over de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken, Verdonk. Daarnaast heeft verdachte teksten op het internet geplaatst die aanzetten tot haat en discriminatie jegens homoseksuelen, en het gebruik van geweld tegen hen. Dit is niet alleen kwetsend voor de betreffende personen, maar wekt ook beroering in de samenleving en druist in tegen de in die samenleving gerespecteerde normen en waarden, zoals die in de betreffende strafwetgeving vorm hebben gekregen. De vraag is of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijk is (i.d.z.v. art. 10, tweede lid, EVRM) in een democratische samenleving. Hof beantwoordt deze vraag bevestigend omdat vervolging terecht en noodzakelijk is ter bescherming van gerechtvaardigde (grond)rechten van anderen. Niet aannemelijk is dat dit voldoende op andere wijze dan door middel van strafrechtelijk ingrijpen kan worden gerealiseerd.

VERKORT ARREST VAN HET GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 1 juni 2006 in de strafzaak onder parketnummer 13-124393-04 van het openbaar ministerie

tegen

[verdachte],
geboren te [geboorteplaats] op [1971],
ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens op het adres
[adres]

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzittingen in eerste aanleg van 11 mei 2006 en 18 mei 2006 en op de terechtzittingen in hoger beroep van 17 augustus 2007, 25 februari 2008 en 6 juni 2008.

Het hof heeft kennis genomen van de vordering van de advocaat-generaal en van hetgeen door de verdachte en de raadsman naar voren is gebracht.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen vermeld staat in de inleidende dagvaarding. Van die dagvaarding is een kopie in dit arrest gevoegd. De daarin vermelde tenlastelegging wordt hier overgenomen.

Voorzover in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, leest het hof deze verbeterd. De verdachte wordt daardoor niet in de verdediging geschaad.

Vonnis waarvan beroep

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven, omdat het hof zich daarmee niet verenigt.

Vrijspraak

Met de advocaat-generaal is het hof van oordeel dat niet wettig en overtuigend is bewezen hetgeen de verdachte onder 2 primair is tenlastegelegd, zodat de verdachte hiervan moet worden vrijgesproken.

Bespreking van verweren en bewijsoverwegingen

Ten aanzien van feit 1:

De raadsman heeft in de eerste plaats –zakelijk weergegeven- betoogd dat de verdachte van dit feit moet worden vrijgesproken omdat de onder feit 1 weergegeven uitlatingen niet beledigend zijn in de zin van artikel 266 en/of 267 van het Wetboek van Strafrecht en ook omdat bij verdachte het opzet heeft ontbroken om te beledigen. De raadsman heeft daartoe gesteld dat verdachte de bedoeling heeft gehad op humoristische wijze en in de vorm van satire weer te geven wat er mis was met de visie van Verdonk op het gebied van integratie van moslims en haar beeld van moslims, waarbij verdachte heeft gechargeerd, en sterke overdrijving als middel heeft gehanteerd om zijn visie uiteen te zetten.

In de tweede plaats heeft de raadsman betoogd dat met de vervolging van verdachte een ontoelaatbare inbreuk wordt gemaakt op zijn recht op vrijheid van meningsuiting, zoals gegarandeerd in artikel 10 EVRM.

In dit verband heeft de raadsman opgemerkt dat een politicus als Verdonk meer moet verdragen dan de gemiddelde burger, te meer gezien haar eigen ferme opstelling in het publieke debat.

De uitlatingen van verdachte hebben bijgedragen aan het publieke debat, in die zin dat zijn opzet erop was gericht met zijn uitingen discussie uit te lokken.

Indien het tenlastegelegde feit wel is te bewijzen dient ontslag van alle rechtsvervolging te volgen omdat het feit in het licht van art. 10 EVRM niet strafbaar is.

Ten aanzien van feit 2 subsidiair:

De raadsman heeft in de eerste plaats vrijspraak bepleit van het onder 2 subsidiair tenlastegelegde omdat er geen sprake is geweest van aanzetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden tegen homo's. De raadsman heeft daartoe gesteld dat verdachte zich alleen heeft uitgelaten over hoe hij zelf zal handelen en in die zin niemand heeft proberen over te halen. Bovendien betreffen zijn uitlatingen een volstrekt imaginaire situatie en alleen al daaruit volgt dat verdachte een en ander niet serieus kan hebben gemeend. Aldus ontbreekt ook de opzet van verdachte.

Tenslotte heeft de raadsman betoogd dat met de vervolging van verdachte ten aanzien van dit feit ook een ontoelaatbare inbreuk wordt gemaakt op zijn recht op vrijheid van meningsuiting, zoals gegarandeerd in artikel 10 EVRM.

Indien het tenlastegelegde feit wel is te bewijzen dient ontslag van alle rechtsvervolging te volgen omdat het feit in het licht van art. 10 EVRM niet strafbaar is.

Ten aanzien van feit 3:

De raadsman heeft primair bepleit dat verdachte vrijgesproken dient te worden van feit 3 wegens het ontbreken van opzet op het publiceren van de tekst, subsidiair dat verdachte ontslagen dient te worden van alle rechtsvervolging omdat de gewraakte tekst hem niet kan worden toegerekend. De raadsman heeft hiertoe aangevoerd dat de tekst afkomstig was van een andere site en dat verdachte per abuis de knop Publish Post in plaats van Save as Draft heeft aangeklikt en dat hij kort daarop de bronvermelding en de doorstreping van de laatste zin heeft geplaatst. Door de bronvermelding en doorstreping van de laatste zin van de tekst op zijn website heeft verdachte afstand genomen van de inhoud van de tekst en er blijkt van gegeven niet achter de gewraakte uitlatingen te staan, aldus de raadsman.

In algemene zin heeft de raadsman nog betoogd dat het forum waarvan verdachte zich bediende een weblog was en dat dit verschilt van een medium als televisie of radio. Verdachte mocht ervan uitgaan dat personen die van zijn teksten kennis zouden nemen dat ook wilden, dit in tegenstelling tot het gebruik bij een medium als radio of televisie. Bovendien zijn de uitingen gedaan op internet in het algemeen vaak grover dan bij radio of televisie, aldus de raadsman.

De media hebben de verdere verspreiding van de teksten van verdachte bevorderd, waarbij ook het MDI een rol heeft gespeeld. Immers de aangifte van het MDI is een nieuwsfeit geworden.

Van belang is voorts dat verdachte de uitlatingen niet anoniem heeft gedaan, maar als Nederlander met een Turkse achtergrond, over onderwerpen als integratie. Deze leverden een bijdrage aan het publiek debat.

De beoordeling

Feit 1:

Het hof stelt vast dat de bewoordingen zoals opgenomen in de tenlastelegging onder 1 naar inhoud en strekking de in haar toenmalige functie van Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie genoemde M.C.F. Verdonk aanduiden als een onreine vieze vette zeug die gestenigd mag worden.

De bewoordingen laten geen andere conclusie toe dan dat deze Verdonk aanranden in haar eer en goede naam en zij hebben derhalve een onmiskenbaar beledigend karakter.

Verdonk heeft voornoemde bewoordingen ook als buitengewoon kwetsend en beledigend ervaren zo blijkt uit de brief van het Ministerie van Justitie van 14 september 2004, inhoudende de aangifte namens Verdonk door tussenkomst van [aangever], en voorts uit een brief van 28 februari 2007 van voornoemde Verdonk aan de officier van justitie mr. P. Velleman.

De context waarin de bewoordingen voorkomen, ontnemt het beledigend karakter daaraan niet, noch valt in te zien dat een en ander satire of overdrijving betreft, waardoor het beledigend karakter aan de bewoordingen is komen te ontvallen, zoals de raadsman heeft betoogd. Daarbij weegt mee dat de beledigende tekst aan het eind van de open brief is opgenomen, daarmee in geen enkel verband staat, geen informatie biedt, geen inhoudelijke kritiek op het functioneren van de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken inhoudt en ook niet uitnodigt tot discussie en/of debat, terwijl het hof ook overigens geen satirisch gehalte in de bewoordingen –ook niet in samenhang met de voorgaande tekst uit de open brief– heeft kunnen ontdekken.

Verdachte heeft deze bewoordingen op zijn weblog op het internet geplaatst en was zich naar eigen zeggen bewust van de provocerende toonzetting. Ook het opzet is daarmee bewezen.

Feit 2:

Het hof is van oordeel dat de bewoordingen zoals ten laste gelegd naar inhoud en strekking een onmiskenbaar haatdragend en discriminerend karakter hebben, nu verdachte het vermoeden van een minderheidsgroep, te weten homoseksuelen, als uiting van zijn godsdienstige beleving propageert. De tekst kan naar haar strekking –ook in het licht van de wellicht gehanteerde beeldspraak– niet anders worden verstaan dan als een goedkeuring, maar daarnaast ook oproep en aansporing, om tegen homoseksuelen geweld te gebruiken.

Verdachte heeft aldus aangezet tot haat tegen, discriminatie van en gewelddadig optreden tegen homoseksuelen.

Immers, anders dan de verdediging is het hof van oordeel dat een en ander niet een volstrekt imaginaire situatie betreft waarvan op het eerste gezicht duidelijk moet zijn dat verdachte deze niet heeft gemeend. Daarbij weegt mee dat voornoemde uitlatingen passen in het beeld van de uitlatingen van verdachte zoals

geformuleerd onder feit 1 en feit 3, waarbij hij ook het gebruik van geweld propageert.

Voorts acht het hof het bepaald niet ondenkbaar dat bepaalde groepen of personen in de maatschappij in de uitlatingen van verdachte op het internet ook daadwerkelijk aanleiding zien om geweld te gebruiken tegen homoseksuelen, of zich in hun reeds bestaande voornemens daartoe aangemoedigd voelen.

Daarbij is duidelijk dat uitlatingen als de onderhavige de haat en discriminatie jegens homoseksuelen, die van tijd tot tijd ook daadwerkelijk tot uiting komen in geweld tegen hen, aanwakkeren.

Feit 3:

In het dossier bevindt zich een geschrift zijnde een kopie van een afdruk van een webpagina van verdachte (p 003) van 27 juli 2005. De laatste zin van de tekst onder het kopje “Amsterdam Pride or Hell?” luidend “Laten we er een explosief feestje van maken”, is niet doorgestreept. Ook is er geen sprake van bronvermelding.

Uit de aangiftes van het MDI van 29 juli 2005 (p 001) en [aangever2](p 013) volgt dat genoemde tekst in deze vorm op 27 juli 2005 op de webpagina te lezen was.

Over deze tekst heeft de verdachte op 6 augustus 2005 tegenover de politie het volgende verklaard:

“De tekst “Amsterdam Pride or Hell” staat op [website]. Ik heb dat gekopieerd en op mijn site gezet, op [verdachte].blogspot.com. Er was veel ophef over en de site is uit de lucht gehaald. Ik vond dat onzin en ik vond dat dit gewoon op internet moest blijven te lezen. Hierop heb ik het dus op mijn site gezet. ...Ik doe me gewoon voor als moslimextremist op het internet.”

Ook is de verdachte in dat verhoor met zoveel woorden gevraagd naar (de bedoeling van) de in de tekst geplaatste zinsnede: “Laten we er een explosief feestje van maken”. Verdachte heeft toen niet aangegeven dat hij bronvermelding heeft toegepast en overigens deze zin heeft doorgestreept om kenbaar te maken dat hij niet achter de inhoud stond.

Dat verdachte bij de publicatie een vergissing heeft gemaakt, zoals verdachte in hoger beroep heeft betoogd is gelet op het voorgaande niet aannemelijk geworden.

Ook is niet aannemelijk geworden dat verdachte van de bewoordingen afstand heeft genomen door doorhalingen toe te passen of een bron te vermelden, waardoor het niet meer redelijk zou zijn de tekst aan hem toe te rekenen.

Het verweer van de raadsman wordt verworpen.

Met betrekking tot de inhoud van de tekst is het hof van oordeel dat daarvoor mutatis mutandis hetzelfde geldt als hiervoor ten aanzien van feit 2 is overwogen. Voor de beantwoording van de vragen of bij de onderhavige feiten sprake is van een belediging in de zin van artikel 266/267 Wetboek van Strafrecht en het aan-

zetten tot haat, discriminatie of geweld in de zin van artikel 137d Wetboek van Strafrecht, moet niet alleen de tekst op zichzelf beschouwd beoordeeld worden. Immers, beide artikelen vormen een wettelijke uitzondering op het grondrecht van vrijheid van meningsuiting, zoals verankerd in onder meer artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Het toetsingskader van artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM heeft een uitvoerige jurisprudentie ontwikkeld met betrekking tot de verschillende aspecten van artikel 10 EVRM. Het EHRM heeft daarin benadrukt dat de vrijheid van meningsuiting een van de meest essentiële fundamentele van de democratische rechtsstaat vormt en tevens een voorwaarde voor haar ontwikkeling als geheel en voor de ontwikkeling van de individuen binnen die rechtstaat.

Artikel 10 EVRM beschermt ook informatie of ideeën die “offend, shock or disturb”.

Het recht op vrije meningsuiting, als gegarandeerd in het eerste lid van artikel 10 EVRM, kan ingevolge het tweede lid van dat artikel worden onderworpen aan:

“bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen”.

De term noodzakelijk houdt in dat er een dringende maatschappelijke noodzaak (a pressing social need) moet zijn voor zodanige beperking.

De rechter moet daarbij de zaak als geheel tegen het licht houden, en acht slaan op de inhoud van de bestreden bewoordingen en de context waarin deze werden gebruikt. Hij zal moeten vaststellen of de tussenkomst van de autoriteiten proportioneel was in relatie tot de legitieme doelstellingen van de beperking van de vrijheid van meningsuiting.

Artikel 10, eerste lid, EVRM laat daarbij weinig ruimte voor beperkingen van het recht op vrije meningsuiting ten aanzien van politieke uitlatingen of uitlatingen over onderwerpen die het publiek belang raken.

De Europese rechtspraak laat zien dat in zodanig geval de autoriteiten zich terughoudend dienen op te stellen bij het hanteren van strafrechtelijke vervolging in gevallen waarin andere mogelijkheden beschikbaar zijn als antwoord op onterechte kritiek of aanvallen.

In het geval uitlatingen oproepen tot geweld tegen personen, – zoals in het onderhavige geval tegen ambtsdragers of groepen in de samenleving – komt de Staat een grotere beoordelingsmarge toe bij de vraag of er een noodzaak bestaat over te gaan tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting.

In het onderhavige geval is voldaan aan het in het tweede lid van artikel 10 EVRM gestelde vereiste dat de (mogelijke) beperking is voorzien bij wet. Daarnaast dient een mogelijke veroordeling van verdachte in elk geval een aantal van de in het tweede lid van artikel 10 EVRM opgenomen doelen, te weten de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, het belang van de openbare veiligheid en het voorkomen van strafbare feiten. Dat betekent dat te dezen de vraag moet worden beantwoord of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Het hof beantwoordt die vraag bevestigend op grond van de volgende omstandigheden en overwegingen.

- Verdachte, zonder beroep, hield op een website een weblog bij waarop hij verslag deed van zijn opvattingen, ideeën en wensen.
- Door gebruik te maken van het internet heeft verdachte welbewust gekozen voor een medium met een groot potentieel publieksbereik en kon via zijn website ook daadwerkelijk een groot publiek worden bereikt. Daaraan doet niet af dat internetgebruikers de website van verdachte moesten aanklikken en aldus “niet ongevraagd” zoals bij het medium radio of televisie, met verdachte’s opinies in aanraking kwamen. Niet gebleken is dat de website bijvoorbeeld met een wachtwoord was beschermd. Het is een feit van algemene bekendheid dat het gebruik van internet een enorme vlucht heeft genomen en het hof ziet geen reden voor wat het publieksbereik betreft een onderscheid te maken tussen radio en televisie enerzijds en internet anderzijds.
- Verdachte heeft de mogelijkheid om -voor derden zichtbaar- via de website op zijn weblog te reageren afgeschermd. Verdachte heeft dit naar zijn zeggen gedaan omdat hij (het hof begrijpt: naar aanleiding van zijn uitlatingen) te vaak bedreigingen ontving. De facto heeft verdachte daarmee echter de mogelijkheid voor anderen uitgesloten om zichtbaar op de website een reactie of tegengeluid te laten horen en heeft hij ruimte voor een publiek debat, naar eigen zeggen de doelstelling van de weblog, daarmee uitgesloten.
- De teksten zoals ten laste gelegd onder 1,2 en 3 zijn niet alleen beledigend, dan wel haatzaaiend en discriminerend maar roepen ook op tot geweld ten aanzien van groepen in de maatschappij die daartegen wettelijke bescherming genieten. Daarmee heeft verdachte elke aanvaardbare grens overschreden.
- Het recht op vrijheid van meningsuiting biedt daarvoor geen vrijbrief –zeker niet voor oproepen tot geweld-, maar gaat gepaard met plichten en verantwoordelijkheden, een en ander zoals verwoord in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.
- Naar aanleiding van voornoemde uitlatingen is beroering in de samenleving ontstaan waarover de media hebben bericht.

Met betrekking tot de belediging van Verdonk (feit 1) geldt nog het volgende: Ook uitlatingen jegens politici kunnen onnodig grievend zijn. In de context van deze zaak is van een beschermingswaardige meningsuiting niet gebleken, te minder nu de beledigingen ook inhouden dat steniging en dus ernstig geweld gepast

zou zijn, een en ander in lijn met de uitlatingen als ten laste gelegd onder feit 2 en 3. Dat Verdonk vanwege haar rol als politicus dit zou hebben te verduren wijst het hof van de hand.

Het hof is derhalve van oordeel dat de inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting van verdachte door vervolging terecht is gemaakt en noodzakelijk is geweest in een democratische samenleving ter bescherming van de gerechtvaardigde (grond) rechten van anderen. Niet aannemelijk is dat dit voldoende op een andere wijze dan door middel van strafrechtelijk ingrijpen kon worden gerealiseerd.

Het hof is op voormelde gronden van oordeel dat artikel 10 EVRM door vervolging ten aanzien van de onderhavige feiten niet is geschonden.

Het verweer met betrekking tot artikel 10 EVRM wordt verworpen.

Bewezengeachte

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1, 2 subsidair en 3 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat

ten aanzien van het onder 1 bewezenverklaarde:

hij in de periode van 23 augustus 2004 tot en met 14 september 2004 te Amsterdam, opzettelijk een ambtenaar gedurende of terzake van de rechtmatige uitoefening van haar bediening te weten de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mevrouw M.C.F. Verdonk, in het openbaar bij geschrift te weten via de website <http://ertan.blogspot.com> heeft beledigd, door op voornoemde website een tekst te plaatsen met de volgende inhoud:

Laatst was ik met mijn zoontje naar de kinderboerderij. We raakten in een diepgaand gesprek wat ongeveer als volgt verliep:

– “He pap, wat is dat voor een vreemd dier?”

Dat, mijn jong, is een vette zeug, maar wij noemen ze een Verdonkje.

– “het is wel een erg vies dier, he pap?”

Ja jongen, Verdonkjes zijn altijd zeer onrein.

– “He pap, daar ligt een steen, mag ik ’t naar haar hoofd gooien?”

Uhh, nee, dat mag jij niet. Van wie heb je dat geleerd? Zo mag je niet omgaan met dieren.

– “Alstublieft! Alstublieft!”

Nou, vooruit dan maar, voor deze ene keer.

– “Hoi! Hoi!”

Mik op haar voorhoofd. Kom op jongen, je kunt ‘t. Stenig haar!

Met vriendelijke groeten

[verdachte];

ten aanzien van het onder 2 subsidiair bewezenverklaarde:

hij in de periode van 25 april 2004 tot en met 11 januari 2005 te Amsterdam, in het openbaar, bij geschrift, heeft aangezet tot haat tegen en discriminatie, als bedoeld in artikel 90 quater Wetboek van Strafrecht, van mensen, te weten homoseksuelen en gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen, te weten homoseksuelen, wegens hun homoseksuele gerichtheid, door als internetgebruiker op de internetpagina <http://www.ertanbiz/2004/04/de-weg-van-ertan.html> een tekst te plaatsen met de volgende inhoud:

“Zodra de islamitische wet van kracht is in Nederland zal ik de eerste zijn die elke protesterende homo, met het hoofd naar beneden, van de Westertoren af zal duwen. De Tweede-Kamerlid Boris D. van D66 maakt daarbij goede kans om als eerste te mogen. Het stenigen daarop zou ik graag aan anderen willen overlaten, daar ik mij zou moeten concentreren op de gepaste afsluiting van deze feestelijke bijeenkomst, namelijk het opblazen van het Homomonument, geheel zoals met de Boedha-beelden in Afghanistan.”.

Ten aanzien van het onder 3 bewezenverklaarde:

hij op 27 juli 2005 te Amsterdam, in het openbaar, bij geschrift, heeft aangezet tot haat tegen mensen, te weten homoseksuelen, en gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen, te weten homoseksuelen, wegens hun homoseksuele gerichtheid, door als internetgebruiker op de internetpagina [verdachte].blogspot.com. een teksten te plaatsen met de volgende inhoud:

“27 juli 2005

Amsterdam pride or Hell?

Als het aan de Mujahideen van de Abu Hafs al-Masri ligt wordt het een hel deze zomer. In een internetverklaring dreigen ze van Amsterdam namelijk een hel te maken.

Onze volgende beloftes zullen tot uitdrukking worden gebracht in het hart van de Europese hoofdsteden, in Rome, in Amsterdam en in Denemarken van wie soldaten nog altijd in Irak zijn gestationeerd, hun Amerikaanse en Britse meesters dienend.

Broeders, even voor de goede orde, de Canal Parade (je weet wel, homo's die dobberen op de Amsterdamse grachten) is op zaterdag 6 augustus 2005 vanaf 14.00 uur. Laten we er een explosief feestje van maken”;

Hetgeen onder 1, 2 subsidiair en 3 meer of anders is ten laste gelegd, is niet bewezen. De verdachte moet hiervan worden vrijgesproken.

Het hof grondt zijn overtuiging dat de verdachte het bewezengeachte heeft begaan op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

Strafbaarheid van het bewezengeachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van het bewezengeachte uitsluit, zodat dit strafbaar is.

Het bewezengeachte levert op:

ten aanzien van het onder 1 bewezengeachte:

eenvoudige belediging, terwijl de belediging wordt aangedaan aan een ambtenaar, gedurende of ter zake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening.

ten aanzien van het onder 2 subsidiair en 3 bewezengeachte, telkens:

het in het openbaar en bij geschrift aanzetten tot haat tegen en discriminatie van mensen en gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid

Strafbaarheid van de verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit, zodat de verdachte strafbaar is.

Oplegging van straf

De rechtbank Amsterdam heeft de verdachte -voor het onder 1, 2 subsidiair en 3 tenlastegelegde- veroordeeld tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van 100 uren subsidiair 50 dagen hechtenis, waarvan 50 uren werkstraf subsidiair 25 dagen hechtenis voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

Tegen voormeld vonnis is namens de verdachte hoger beroep ingesteld.

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat de verdachte zal worden veroordeeld tot dezelfde straf als door de rechter in eerste aanleg opgelegd.

Het hof heeft in hoger beroep de op te leggen straf bepaald op grond van de ernst van de feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan en gelet op de persoon van de verdachte.

Het hof heeft daarbij in het bijzonder het volgende in beschouwing genomen.

De verdachte heeft op zijn internetpagina een tekst geplaatst waarin hij zich op beledigende wijze heeft uitgelaten over de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken, Verdonk. Daarnaast heeft verdachte teksten op het internet geplaatst die aanzetten tot haat en discriminatie jegens homoseksuelen, en het gebruik van geweld tegen hen. Dit is niet alleen kwetsend voor de betreffende personen, maar wekt ook beroering in de samenleving en druist in tegen de in die samenleving gerespecteerde normen en waarden, zoals die in de betreffende strafwetgeving vorm hebben gekregen.

Blijkens een de verdachte betreffend Uittreksel Justitiële Documentatie van 20 mei 2008 is verdachte niet eerder strafrechtelijk veroordeeld.

Het hof acht, alles afwegende, een (deels voorwaardelijke) taakstraf van na te melden duur passend en geboden.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

De op te leggen straf is gegrond op de artikelen 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 57, 137d, 266 en 267 van het Wetboek van Strafrecht.

Deze wettelijke voorschriften worden toegepast zoals geldend ten tijde van het bewezengeachte.

Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht.

Verklaart niet wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 2 primair tenlastegelegde heeft begaan en spreekt hem daarvan vrij.

Verklaart wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 1, 2 subsidiair en 3 tenlastegelegde heeft begaan zoals hierboven in de rubriek bewezengeachte omschreven.

Verklaart niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen de verdachte onder 1, 2 subsidiair en 3 meer of anders is ten laste gelegd en spreekt hem daarvan vrij.

Verklaart dat het bewezenverklaarde de hierboven vermelde strafbare feiten oplevert.

Verklaart het bewezenverklaarde strafbaar en ook de verdachte daarvoor strafbaar.

Veroordeelt de verdachte tot een taakstraf, bestaande uit een werkstraf, te weten het verrichten van onbetaalde arbeid gedurende 100 (honderd) uren.

Beveelt dat bij niet naar behoren verrichten van de taakstraf, deze wordt vervangen door hechtenis voor de duur van 50 (vijftig) dagen.

Bepaalt dat een gedeelte van die taakstraf, groot 50 (vijftig) UREN, in geval van niet naar behoren verrichten te vervangen door hechtenis voor de duur van 25 (vijfentwintig) dagen, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat de veroordeelde zich vóór het einde van de proeftijd aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Stelt daarbij de proeftijd vast op 2 (twee) jaren.

Beveelt dat de tijd die door de veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in verzekering is doorgebracht, op het onvoorwaardelijk gedeelte van de opgelegde taakstraf in mindering wordt gebracht, zulks naar de maatstaf van 2 (TWEDE) UREN per dag.

Dit arrest is gewezen door de derde kamer meervoudige strafkamer van het gerechtshof te Amsterdam, waarin zitting hadden mr. N. van Wijnen-Vergeer, mr.

L.A.J. Dun en mr. I.M.H. van Asperen de Boer-Delescen in tegenwoordigheid van mr. O. Boekraad, griffier, en is uitgesproken op de openbare terechtzitting van dit gerechtshof van 20 juni 2008.

Mr. I.M.H. van Asperen de Boer-Delescen is buiten staat dit arrest mede te ondertekenen.

Rechtbank 's-Gravenhage 25 juni 2008
ACI e.a. vs. Thuis kopie
LJN-nummer BD5690

Auteursrecht, privékopie, thuiskopie vergoeding, heffing, art. 5
Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG), art. 16b Aw, art. 16c Aw

Geschil tussen importeurs en fabrikanten van blanco informatiedragers (eisers) en Stichting de Thuis kopie c.s. over de thuiskopie vergoeding. Eisers vorderen een aantal verklaringen voor recht.

De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn. Met de door de rechtbank voorgestane uitleg van artikel 16c Aw is nog geen antwoord gegeven op de vraag of met het maken van deze illegale kopieën rekening mag worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopie vergoeding. De Richtlijn bepaalt in artikel 5 lid 2 sub b niet meer dan dat de rechthebbende bij een beperking van het auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen. De Richtlijn laat onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privé-kopieën van illegaal materiaal.

De Richtlijn laat de lidstaten in beginsel vrij de omvang van de compensatie vast te stellen. Uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de Nederlandse wetgever ervan is uitgegaan dat de thuiskopie vergoeding een compensatie moet zijn voor door de rechthebbende door de kopieerhandeling geleden nadeel. Compensatie is vanuit dat uitgangspunt niet aan de orde indien de rechthebbende – expliciet of impliciet – toestemming voor de kopieerhandeling heeft gegeven.

VONNIS van 25 juni 2008
in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ACI ADAM B.V. gevestigd te Maastricht,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ADVANCED OPTICAL DISC HOLLAND B.V. gevestigd te Utrecht,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ALPHA INTERNATIONAL B.V. gevestigd te Lent,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
AVC NEDERLAND B.V. gevestigd te Haarlemmermeer,
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DAZY DIRECT B.V. gevestigd te Amsterdam,
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DESPEC B.V. gevestigd te Sneek,
7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DEXXON DATA MEDIA AND STORAGE B.V. gevestigd te Bodengraven,
8. [eiser[naam],
handelend onder de naam [naam] TRADING,
wonende te Pijnacker,
9. de rechtspersoon naar vreemd recht
EMTEC CONSUMER MEDIA BENELUX N.V.-S.A.,
gevestigd te Andelst, België,
10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
EUROGRAM INTERNATIONAL B.V., gevestigd te Heerhugowaard,
11. de rechtspersoon naar vreemd recht
FUJI MAGNETICS NEDERLAND, gevestigd te Kleve, Duitsland,
12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
IMATION EUROPE B.V., gevestigd te Rotterdam,
13. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MAXELL BENELUX B.V., gevestigd te Amsterdam,
14. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MMORE INTERNATIONAL B.V., gevestigd te Diemen,
15. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
NASHUA MEDIA PRODUCTS B.V., gevestigd te Almere,
16. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PHILIPS CONSUMER ELECTRONICS B.V., gevestigd te Eindhoven,
17. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
RIMAFRA B.V., gevestigd te Hillegom,
18. de rechtspersoon naar vreemd recht
SKY MEDIA MANUFACTURING S.A., gevestigd te Yvonand, Zwitserland,
19. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SONY BENELUX B.V., gevestigd te Badhoevedorp,
20. de rechtspersoon naar vreemd recht
VERBATIM GmbH, gevestigd te Eschborn, Duitsland,

eisers,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaten mr. D.J.G. Visser en mr. A.C.M. Alkema te Amsterdam,

tegen

1. de stichting STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
procureur mr. E. Grabandt,
advocaat mr. E.A.P. Engels te Amsterdam,

2. de stichting STICHTING ONDERHANDELINGEN
THUISKOPIEVERGOEDING,
gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. H.J.A. Knijff,
advocaten mr. E.P.A. Keyzer en mr. M.E. Verwoert te Amsterdam.

Gedaagden zullen hierna ook Thuis kopie en SONT genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 12 juli 2005 en de daarbij behorende producties 1 tot en met 6;
- de conclusie van antwoord van Thuis kopie met een productie;
- de incidentele conclusie van SONT, ertoe strekkende dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren, althans tot niet-ontvankelijkheid van eisers, met producties 1 tot en met 6;
- de conclusie van antwoord in het incident van eisers, tevens inhoudende een voorwaardelijke vermeerdering van eis, met doorgenummerde producties 7 tot en met 10;
- het incidentele vonnis van 8 februari 2006, waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat zij bevoegd is op de vorderingen te beslissen;
- de conclusie van antwoord van SONT met doorgenummerde producties 7, 8 en 9;
- de conclusie van repliek met doorgenummerde producties 11 tot en met 14;
- de conclusie van dupliek van Thuis kopie met drie producties;
- de conclusie van dupliek van SONT met productie 10;
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken: producties 15 tot en met 27 van eisers, de producties genummerd 4 tot en met 7 van Thuis kopie, en de pleitnotities van partijen.

1.2. Het vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Eisers zijn importeurs en/of fabrikanten van voorwerpen als bedoeld in artikel 16c lid 1 Auteurswet (verder: Aw), hierna aan te duiden als blanco informatiedragers. Zij zijn op grond van lid 2 van dat artikel een vergoeding verschuldigd voor het reproduceren van auteursrechtelijk beschermde werken op de blanco informatiedragers (verder: de thuiskopievergoeding).

2.2. Thuiskopie is door de Minister van Justitie aangewezen als de rechtspersoon die belast is met de inning en verdeling van die vergoeding (artikel 16d lid 1 Aw).

2.3. SONT is de door de Minister van Justitie aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt (artikel 16e Aw). In het bestuur van SONT is Thuiskopie met drie personen vertegenwoordigd en drie personen worden (indirect) benoemd door de FIAR: de Vereeniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied. Deze bestuursleden oefenen volgens de statuten van SONT hun functie uit met last en ruggespraak. De Minister van Justitie benoemt de onafhankelijke voorzitter.

2.4. Artikel 11 van de statuten van SONT luidt:

Indien naar het oordeel van de voorzitter de reeds gedane voorstellen terzake van de hoogte van de vergoeding en/of de werkingsduur ervan zover uit elkaar liggen, dat bij hem de indruk is ontstaan dat er geen voorstel meer zal worden gedaan dat alsnog tot een bestuursbesluit zal leiden, is hij bevoegd een termijn te bepalen binnen welke het bestuur het desbetreffende besluit dient te hebben genomen, bij gebreke waarvan de voorzitter bevoegd is om met uitsluiting van de overige bestuursleden, een het gehele bestuur bindend besluit te nemen tot vaststelling van de hoogte van de vergoeding en/of ter bepaling van de werkingsduur van dat besluit.

2.5. Omdat binnen het bestuur telkens geen overeenstemming kon worden bereikt, is de laatste jaren de hoogte van de thuiskopievergoeding vrijwel steeds vastgesteld bij besluit van de voorzitter van SONT. Dit is onder meer gebeurd bij besluit van 30 november 2004.

2.6. Bij algemene maatregel van bestuur van 17 februari 2007, Staatsblad 2007, 75, zijn op grond van de in artikel 16c lid 6 Aw gegeven bevoegdheid de blanco informatiedragers aangewezen waarvoor de thuiskopievergoeding moet worden betaald. Dit besluit had gelding tot 1 januari 2008. Bij algemene maatregel van bestuur van 5 november 2007, Staatsblad 2007, 435, heeft opnieuw een dergelijke aanwijzing plaatsgevonden. Dit besluit heeft gelding tot 1 januari 2009.

3. Het geschil

3.1. Eisers vorderen, na wijziging van hun eis:

- I. een verklaring voor recht dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding:
 - A. wel rekening dient te worden gehouden met het feit dat uitsluitend een vergoeding is verschuldigd terzake van voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven;
 - B. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die door de natuurlijke persoon voor een derde worden gemaakt;
 - C. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die voor commerciële doeleinden en piraterij worden gemaakt;
 - D. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die door rechtspersonen worden gemaakt;
 - E. geen rekening dient te worden gehouden met het kopiëren van computerprogramma's en databanken;
 - F. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën van materiaal dat tot het publiek domein behoort;
 - G. geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron;
 - H. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende reeds betaling in een andere vorm heeft ontvangen;
 - I. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven;
 - J. geen rekening dient te worden gehouden met reproducties die van eigen materiaal worden gemaakt;
 - K. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals bij het kopiëren voor "timeshifting-purposes" en "porting";
 - L. wel rekening dient te worden gehouden met de beschikbaarheid van bescherming die thuiskopiëren kan voorkomen, niet slechts met het daadwerkelijke gebruik dat daarvan wordt gemaakt;
 - M. wel rekening dient te worden gehouden met de beschikbaarheid van DRMtechnologieën, niet slechts met het daadwerkelijke gebruik dat daarvan wordt gemaakt;
 - N. wel rekening dient te worden gehouden met de dreigende wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing;
 - O. wel rekening dient te worden gehouden met de hoogte van de Thuiskopievergoeding in andere lidstaten;
 - P. met betrekking tot de DVD+RW geldt dat een nul-heffing geïndiceerd is, wegens de beschikbaarheid van doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen;

- II. primair: vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding voor blanco dragers op nul;
 subsidiair: de hoogte van de thuiskopievergoeding voor blanco dragers in goede justitie vast te stellen met inachtneming van de onder I A t/m P genoemde omstandigheden;
 meer subsidiair: gedaagden te gebieden om met vertegenwoordigers van eisers in onderhandeling te treden teneinde de hoogte van de Thuiskopievergoeding vast te stellen, waarbij de onder I A t/m P genoemde omstandigheden volledig in acht dienen te worden genomen,
 met uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis en veroordeling van gedaagden in de proceskosten.

Voorwaardelijk, namelijk voor het geval de rechtbank zou oordelen dat vernietiging van enig besluit van SONT vereist is om van de vorderingen onder II kennis te nemen, vorderen eisers vernietiging van het besluit van SONT van 30 november 2004.

3.2. Eisers menen dat gedaagden bij de vaststelling van de thuiskopievergoeding ten onrechte geen rekening houden met de randvoorwaarden en de reikwijdte van artikel 16c Aw, in het bijzonder die welke voortvloeien uit Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, verder: de Richtlijn, welke richtlijn door artikel 16c Aw (deels) wordt geïmplementeerd. Eisers willen door middel van deze procedure ten aanzien van een aantal aspecten van de verschuldigdheid en de hoogte van de thuiskopievergoeding duidelijkheid verkrijgen.

3.3. Gedaagden voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Relevante regelgeving

Voor de beoordeling van het geschil is de navolgende regelgeving van belang.

artikel 16b Auteurswet

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder direct of indirect commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft.
 (...)

5. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat voor de verveelvoudiging, bedoeld in het eerste lid, ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding is verschuldigd. Daarbij kunnen nadere regels worden gegeven en voorwaarden worden gesteld.
6. Dit artikel is niet van toepassing op het reproduceren, bedoeld in artikel 16c, noch op het nabouwen van bouwwerken.

artikel 16c Auteurswet

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.
2. Voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid.
3. Voor de fabrikant ontstaat de verplichting tot betaling van de vergoeding op het tijdstip dat de door hem vervaardigde voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Voor de importeur ontstaat deze verplichting op het tijdstip van invoer.
4. De verplichting tot betaling van de vergoeding vervalt indien de ingevolge het tweede lid betalingsplichtige een voorwerp als bedoeld in het eerste lid uitvoert.
5. De vergoeding is slechts eenmaal per voorwerp verschuldigd.
6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regelen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, verschuldigd is. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorts nadere regelen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in dit artikel met betrekking tot de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding.
7. Indien een ingevolge dit artikel toegelaten reproductie heeft plaatsgevonden, mogen voorwerpen als bedoeld in het eerste lid niet zonder toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgenden aan derden worden afgegeven, tenzij de afgifte geschiedt ten behoeve van een rechterlijke of bestuurlijke procedure.
8. Dit artikel is niet van toepassing op het verveelvoudigen van een met elektronische middelen toegankelijke verzameling als bedoeld in artikel 10, derde lid.

overweging 35 bij de Richtlijn

Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal. Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet reke-

ning worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat.

artikel 2 van de Richtlijn

Reproductierecht

De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a) auteurs, met betrekking tot hun werken,
- b) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- d) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
- e) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

(...)

artikel 5 van de Richtlijn

Beperkingen en restricties

(...)

2. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:
 - (...)
 - b) de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal;
 - (...)
5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

4.2. Beroep op niet-ontvankelijkheid

4.2.1. In haar incidentele conclusie heeft SONT zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank niet bevoegd is van de vorderingen kennis te nemen, althans dat eisers in de vorderingen niet-ontvankelijk zijn, op de navolgende gronden. Bij de opzet van de vaststelling van de thuiskopievergoeding is gekozen voor besluitvorming binnen SONT. Het besluit van de voorzitter moet op grond van artikel 11 van de statuten worden aangemerkt als een bindend advies. Dit bindend advies is alleen aan te tasten indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 B.W.). Eisers voeren niets aan om te concluderen dat het besluit van de voorzitter deze toets niet kan doorstaan. De rechtbank dient zich volgens SONT te beperken tot deze marginale toetsing. Voor ruimere toetsing zoals door eisers beoogd is geen plaats, te meer niet nu van de zijde van de voorzitter van SONT alle bereidheid bestaat om de onderhandelingen over de thuiskopievergoeding te leiden. Dit alles geldt ook wanneer wordt getoetst aan artikel 2:15 lid 1 sub b juncto artikel 2:8 B.W.

4.2.2. In het incidentele vonnis van 8 februari 2006 is geoordeeld dat de rechtbank bevoegd is van de vorderingen van eisers kennis te nemen. Hetgeen door SONT is aangevoerd kon daarbij (deels) onbeoordeeld blijven. In haar conclusie van antwoord heeft SONT haar stellingen in het kader van de ontvankelijkheid van de vorderingen herhaald, zodat daarop nu eerst moet worden ingegaan. Ook Thuiskopie stelt zich op het standpunt dat eisers jegens haar niet-ontvankelijk in hun vorderingen zijn omdat niet zij, Thuiskopie, de thuiskopievergoeding vaststelt maar SONT.

4.2.3. De rechtbank verwerpt de stelling van SONT dat het besluit van de voorzitter tot vaststelling van de thuiskopievergoeding kan worden aangemerkt als een bindend besluit als bedoeld in artikel 7:900 lid 2 B.W. Dat die opvatting niet juist is volgt alleen al daaruit dat artikel 11 van de statuten geen overeenkomst als omschreven in lid 1 van artikel 7:900 B.W. inhoudt maar een statutaire bepaling over besluitvorming. De bepaling is dan ook niet gericht op vaststelling van wat rechtens zal gelden tussen bepaalde partijen en eisers zijn bij de totstandkoming van die regeling als zodanig niet betrokken geweest. Het besluit van de voorzitter kan als een besluit van een orgaan van een rechtspersoon slechts worden getoetst aan de in artikel 2:15 B.W. genoemde gronden voor vernietiging.

4.2.4. Eisers beogen echter niet vernietiging van enig in het verleden genomen besluit maar vaststelling van uitgangspunten die de betrokkenen bij toekomstige besluitvorming in aanmerking moeten nemen. Voor zover partijen met betrekking tot die uitgangspunten van mening verschillen, hebben eisers bij de onder I weergegeven vorderingen belang omdat mag worden aangenomen dat de betrokkenen bij toekomstige besluitvorming rekening zullen houden met hetgeen voor recht is verklaard om te vermijden dat het besluit in strijd komt met regelgeving die op dat besluit van toepassing is. Er is geen reden aan te nemen dat eisers niet bevoegd zijn op voorhand een uitspraak van de rechter te vragen. Vernietiging van enig in het verleden genomen besluit is daarvoor niet nodig.

4.2.5. Eisers zijn dan ook in beginsel ontvankelijk in hun onder I onder A, G, I, en K tot en met P vermelde vorderingen (hierna zal echter blijken dat eisers bij een aantal van die vorderingen om andere redenen geen belang hebben). Over de overige onder I vermelde uitgangspunten zijn partijen het eens zodat eisers in zoverre geen belang hebben bij een verklaring voor recht. De vordering onder I moet op die punten worden afgewezen. De omstandigheid dat, zoals eisers stellen, Thuis kopie eerder niet heeft willen bevestigen het met deze laatste uitgangspunten eens te zijn doet daaraan niet af. Dit geldt eveneens voor zover eisers stellen dat bij het vaststellen van de hoogte van de thuis kopie vergoeding onvoldoende rekening wordt gehouden met deze overige criteria. De verzochte verklaringen voor recht zien immers niet op de mate waarin met deze criteria rekening zou moeten worden gehouden.

4.2.6. De rechtbank deelt het standpunt van Thuis kopie en SONT dat de rechtbank niet de hoogte van de thuis kopie vergoeding kan vaststellen omdat de Auteurswet die bevoegdheid bij SONT heeft neergelegd. Hetgeen onder II primair en subsidiair is gevorderd moet om die reden worden afgewezen. Bij hetgeen onder II als meer subsidiair is gevorderd hebben eisers geen belang. Er is geen reden aan te nemen dat Thuis kopie en SONT niet bereid zouden zijn over de thuis kopie vergoeding te onderhandelen met inachtneming van hetgeen tussen partijen zal worden vastgesteld met betrekking tot de in acht te nemen uitgangspunten.

4.3. A. voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven

4.3.1. Eisers en Thuis kopie zijn het er, mede op grond van de wetsgeschiedenis, over eens dat de thuis kopie regeling ziet op voorwerpen die bestemd of mede bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven. Het verschil van mening tussen partijen spitst zich toe op de nadere uitwerking van het begrip bestemming. Eisers menen dat in ieder geval apparaten zoals MP3-spelers, DVD-recorders en harde schijven van PC's buiten de regeling vallen. Thuis kopie ziet dat anders.

4.3.2. Gezien dit laatste hebben eisers bij de verklaring voor recht geen belang. De gevorderde verklaring voor recht ziet immers niet op de vraag wanneer een voorwerp bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen, of weer te geven. Ook bij toewijzing van het gevorderde wordt derhalve het werkelijke geschilpunt tussen eisers en Thuis kopie niet beslist.

4.4. G. geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron

4.4.1. Partijen zijn het er over eens dat uit de wetsgeschiedenis van de implementatiewetgeving blijkt dat de opvatting van de wetgever is geweest dat artikel 16c Aw toestaat een thuis kopie te maken, ook indien een illegale kopie van het werk wordt gekopieerd, en dat bij vaststelling van de thuis kopie vergoeding die (laatste) kopieerhandeling in aanmerking moet worden genomen. Het duidelijkst blijkt dit uit de navolgende, door partijen aangehaalde, passages:

Op grond van zowel de huidige als de voorgestelde wetgeving is het kopiëren van werken van letterkunde, wetenschap of kunst voor eigen oefening, studie of gebruik toegestaan. De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KazaA en vergelijkbare peer-to peerdiensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt. Wanneer dezelfde Internetgebruiker vervolgens anderen in staat stelt van werken van letterkunde, wetenschap of kunst kennis te nemen en deze te kopiëren, is er sprake van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking in de zin van beschikbaar stellen aan het publiek. Een dergelijke openbaarmaking is, behoudens toestemming van rechthebbenden, niet toegestaan. Het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, kan er dus toe leiden dat van een illegale bron legale privé-kopieën worden gemaakt, voor zover de overige voorwaarden die artikel 16c stelt in acht worden genomen. De beperking inzake privé-kopiëren staat het niet toe dat zo'n kopie wordt afgegeven of wordt openbaar gemaakt. De term «witwassen» is dan ook enigszins misleidend, omdat die term lijkt te impliceren dat een rechtmatig gemaakte privé-kopie weer in omloop zou mogen worden gebracht.¹

Artikel 16c verbindt aan het privé-kopiëren de voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald. Die vergoeding is verschuldigd ongeacht of er sprake is van een legale of illegale bron en wordt geheven bij de producent of importeur en doorberekend aan de consument. Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron.² Dit standpunt is nog recent door de regering onderschreven.³

4.4.2. Eisers menen echter dat deze uitleg van artikel 16 c Aw niet conform de Richtlijn is. Zij voeren daarvoor aan dat de thuiskopievergoeding moet worden gezien als een wettelijke licentie die niet van toepassing kan zijn op materiaal dat illegaal ter beschikking wordt gesteld door anderen dan de rechthebbende. Zij stellen verder dat de opvatting van de wetgever niet in overeenstemming is met de

1. Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 5 p. 32/33
2. Nota naar aanleiding van het nadere verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 8 p. 13
3. Vergelijk het antwoord van de Minister van Justitie op de vragen met nummer 2256 van het kamerlid Gerkens, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007 en de brief van de ministers van Justitie, Economische Zaken en Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Tweede Kamer van 20 december 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29838, nr. 6 p. 12, ziet daar niet op, terwijl niet gezegd kan worden dat het rekening houden met privé-kopieën van illegaal materiaal tevens inhoudt dat die illegale handeling wordt toegestaan. Zonder nadere motivering – die ontbreekt – valt niet in te zien dat en waarom bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening mag worden gehouden met privékopieën van illegaal materiaal.

zogenaamde drie-stappen-toets, omdat met die toets niet te verenigen is dat het zonder toestemming van de rechthebbende aanbieden van beschermd materiaal verboden is, maar het kopiëren ervan door de thuiskopieregeling wordt toegelaten. Op deze manier geeft de Nederlandse regering, naar de mening van eisers, toestemming om illegaal ter beschikking gesteld materiaal te reproduceren. Thuiskopie en SONT bestrijden dit standpunt.

4.4.3. De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.

4.4.4. Met de door de rechtbank voorgestane uitleg van artikel 16c Aw is nog geen antwoord gegeven op de vraag of met het maken van deze illegale kopieën rekening mag worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopie-vergoeding. De Richtlijn bepaalt in artikel 5 lid 2 sub b niet meer dan dat de rechthebbende bij een beperking van het auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen. De Richtlijn laat onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privé-kopieën van illegaal materiaal. De Richtlijn

4.4.5. De conclusie van het voorgaande is dat hetgeen eisers hebben aangevoerd ontoereikend is om tot toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht te komen. Deze vordering zal om die reden worden afgewezen.

4.5. I. kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven

4.5.1. De rechtbank begrijpt het standpunt van eisers aldus. Diende de voorheen bestaande thuiskopievergoeding mogelijk te worden aangemerkt als gebruiksvergoeding, na implementatie van de Richtlijn moet worden aangenomen dat de thuiskopievergoeding is bedoeld om de auteursrechthebbende te compenseren voor het nadeel dat hij door het thuiskopieren ondervindt. Dit blijkt uit overweging 35 bij de Richtlijn. Daaruit volgt dat indien de auteursrechthebbende expliciet, al dan niet tegen betaling, dan wel impliciet toestemming geeft voor het kopiëren van zijn werk de thuiskopievergoeding niet ziet op die kopieerhandelingen. Als voorbeeld van impliciete toestemming noemen eisers het met toestemming van de auteursrechthebbende op internet ter beschikking stellen van het werk of verspreiding van het werk zonder gebruik te maken van technische beveiligingsvoorzieningen, hoewel deze beschikbaar zijn.⁴ Eisers wijzen in dit verband nog op de opvatting van de wetgever in de Nota naar aanleiding van het nadere verslag:⁵

4. Zie ook cvr 57 ev.

5. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 8 p. 13.

De leden van de PvdA-fractie vroegen welke voorwaarden worden gesteld bij het beoordelen of een voorwerp onder de thuiskopieregeling valt. De wettelijke regeling gaat ervan uit dat het allereerst aan de betrokken partijen is afspraken te maken over de voorwerpen waarop een vergoeding rust. De mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur voorwerpen aan te wijzen kan partijen stimuleren om daarbij ook daadwerkelijk tot resultaat te komen. Indien er onvoldoende zicht op overeenstemming bestaat kan de overheid voorwerpen aanwijzen. Van belang daarbij is uiteraard de ratio van de vergoeding voor privé-kopiëren. Het gaat erom rechthebbenden te compenseren voor het nadeel dat zij van kopiëren in een digitale omgeving ondervinden. Het is aan rechthebbenden dat nadeel aan te tonen. Overweging 35 van de richtlijn noemt in dit verband de mogelijkheid van een billijke compensatie voor rechthebbenden af te zien wanneer de schade minimaal is.

4.5.2. Thuiskopie voert aan dat het bij de regeling gaat om een wettelijke licentie, waarbij het toestemmingsvereiste niet geldt, zodat die toestemming irrelevant is voor de verschuldigdheid van de thuiskopievergoeding.⁶ Thuiskopie meent ook dat eisers te snel impliciete toestemming willen aannemen. Zowel Thuiskopie als SONT is met eisers eens dat in ieder geval de thuiskopievergoeding niet verschuldigd is indien de rechthebbende al op andere wijze een vergoeding voor de kopie heeft ontvangen.

4.5.3. Zoals hiervoor is overwogen laat de Richtlijn de lidstaten in beginsel vrij de omvang van de compensatie vast te stellen. Uit de door eisers aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de Nederlandse wetgever ervan is uitgegaan dat de thuiskopievergoeding een compensatie moet zijn voor door de rechthebbende door de kopieerhandeling geleden nadeel. Compensatie is vanuit dat uitgangspunt niet aan de orde indien de rechthebbende – expliciet of impliciet – toestemming voor de kopieerhandeling heeft gegeven. De gevorderde verklaring voor recht kan dus worden toegewezen.

4.6. K. kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals bij het kopiëren voor “time-shifting-purposes” en “porting”

4.6.1. Eisers leiden uit de laatste volzin van de hiervoor weergegeven overweging 35 bij de Richtlijn af dat de redelijke compensatie nihil dient te zijn indien het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals in het geval van ‘time-shifting’ en ‘porting’. Onder timeshifting is dan te verstaan het maken van een kopie van een uitzending om dit op een later tijdstip te bekijken of te beluisteren, terwijl porting ziet op het maken van een kopie van legaal verkregen materiaal (bijvoorbeeld een cd) voor gebruik op andere apparatuur (bijvoorbeeld een mp3-speler). Eisers verwijzen in dit verband naar de opvatting van de Europese Commissie (vindplaats niet vermeld) inhoudende:

6. Zie o.a. cvd p. 8/9.

‘The Commission is of the view that no obligation for payment may arise regarding certain single temporary acts of copying a broadcast work or other subject matter which are undertaken solely for the purpose of enabling it to be viewed and/or listened to at a more convenient time (‘time-shifting’), provided that the conditions set out in Article 5.5 of this Directive are met.’

Deze opvatting wordt ook aangehaald in het door eisers ingebrachte rapport van het Institute for Information Law te Amsterdam ‘The Future of Levies in a Digital Environment’ van prof. P.B. Hugenholtz, dr. L. Guibault en mr. S. van Geffen. Thuis kopie en SONT bestrijden deze opvatting.

4.6.2. De rechtbank is met Thuis kopie en SONT van oordeel dat de door eisers getrokken conclusie niet uit overweging 35 kan worden afgeleid. De vrijheid die de lidstaten hebben bij de bepaling van de omvang van de compensatie blijkt nog eens uitdrukkelijk uit de laatste volzin van de overweging. Deze geeft aan dat het in voorkomend geval mogelijk is dat geen betalingsverplichting ontstaat (‘no obligation for payment may arise’ in de Engelse versie). De vraag is derhalve of de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

4.6.3. De Nederlandse wetgever heeft blijkens de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet⁷ juist met het oog op deze mogelijkheid een splitsing gemaakt tussen reproductiehandelingen waarvoor, gelet op de geringe betekenis van de handeling, in beginsel geen vergoeding verschuldigd is, bestreken door artikel 16b Aw, en die waarvoor dat wel het geval is, bestreken door artikel 16c Aw. Dit volgt uit onder meer de volgende passages:

(pagina 21) Op grond van overweging 35 van de richtlijn dienen rechthebbenden, in bepaalde gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermd werken of ander beschermd materiaal.(...)In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat in het geheel geen betalingsverplichting ontstaat. Daarvan is onder de voorgestelde regeling inderdaad sprake. Voor sommige lidstaten maakte deze overweging het mogelijk akkoord te gaan met de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming, omdat aldus voor een bepaalde nauwkeurig afgebakende handeling die binnen het gebied van een door de richtlijn bestreken beperking valt geen enkele vergoeding toe te kennen.

(pagina 23/24) ...wordt een splitsing van de regels inzake privé-kopiëren voorgesteld. In artikel 16b van de Auteurswet 1912 wordt het auteursrecht beperkt door daarvan vrij te stellen de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve

7. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28482, nr. 3

van zichzelf opdracht geeft. In feite vormt het bestaande artikel 16b uitgangspunt voor het voorstel, waarin de betreffende richtlijnbeplating is verwerkt, teneinde de strekking van de bepaling nog duidelijker te maken en deze geheel in overeenstemming met de richtlijn te brengen. Voor de rechtmatigheid van deze verveelvoudiging is niet een redelijke tegemoetkoming vereist, maar de Minister van Justitie heeft de mogelijkheid daarover nadere regels te stellen. Onder deze bepaling valt onder meer het reprografisch verveelvoudigen voor privé-doeleinden, en het namaken, naknutselen of anderszins bewerken voor privé-doeleinden. Herhaald wordt dat hiermee ook rekening wordt gehouden met het onderscheid tussen reproduceren en het ruimere verveelvoudigen, dat reproduceren omvat, zodat artikel 16b ook van toepassing is op verveelvoudigingshandelingen die niet door de richtlijn worden bestreken. Tegelijkertijd omvat artikel 16b reproductiehandelingen waarvoor in beginsel redelijke tegemoetkoming is verschuldigd, maar waarvan op dit moment door de geringe betekenis en omvang niet aannemelijk is dat daarop ook aanspraak bestaat. Het gaat hier met name op het reprografisch verveelvoudigen voor privé-doel-einden. Het nieuwe vijfde lid van artikel 16b maakt evenwel mogelijk dat bij algemene maatregel van bestuur alsnog een billijke vergoeding voor dergelijk reproduceren is verschuldigd indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. In artikel 16c wordt het auteursrecht beperkt ten behoeve van het reproduceren zonder commercieel oogmerk door een natuurlijke persoon door vastlegging van het werk op een voorwerp bestemd om het daarop vastgelegde werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze verveelvoudiging geschiedt tot eigen oefening, studie of gebruik. Deze beperking is evenwel gebonden aan de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming.

(pagina 44) Artikel 5, tweede lid, sub b van de richtlijn stelt in het algemeen als voorwaarde voor het privé-reproduceren dat billijke compensatie (oftewel redelijke tegemoetkoming) wordt verleend aan rechthebbenden. In lijn met het advies van de commissie auteursrecht wordt voorgesteld een onderscheid te maken tussen: a. de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudiging uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft; en b. de reproductie zonder commercieel oogmerk van het beschermd materiaal op een voorwerp dat bestemd is om dat materiaal ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze reproductie uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt. Artikel 16b betreft in het voorstel de eerste categorie van verveelvoudigingen, waarmee het bestaande regime voor een aantal typen verveelvoudigen wordt voortgezet. Het gaat hier, mede gelet op artikel 16c, negende lid, om bijvoorbeeld reprografisch verveelvoudigen, natekenen, nabreien, naknutselen en andere vormen van «handvaardigheid». Het privékopieren in deze vorm is in beginsel niet aan een voorwaarde van

redelijke tegemoetkoming gebonden. Daartoe laat de richtlijn de ruimte, zoals hierboven is uiteengezet.⁸

4.6.4. De gevorderde verklaring voor recht ziet op de in artikel 16c lid 2 Aw genoemde vergoeding en daarvoor geldt gezien het voorgaande het door eisers gestelde uitgangspunt niet. De vordering dient daarom in zoverre te worden afgewezen.

4.7. L/M. de beschikbaarheid van bescherming die thuishkopieren kan voorkomen / de beschikbaarheid van DRM-technologieën

4.7.1. Artikel 5 lid 2 sub b van de Richtlijn bepaalt dat bij vaststelling van de compensatie rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van technische voorzieningen die bestaan om ongeoorloofd kopiëren tegen te gaan. Eisers noemen in dit verband D(igital) R(ights) M(anagement)-systemen zoals i-Tunes, waarmee werken op een netwerk ter beschikking worden gesteld onder door de rechthebbende te bepalen voorwaarden. Volgens eisers gaat het er niet om of deze voorzieningen daadwerkelijk gebruikt worden, maar slechts om de beschikbaarheid. De thuishkopie vergoeding mag naar zij menen geen bonus worden voor rechthebbenden die van deze voorzieningen geen gebruik willen maken.

4.7.2. Zoals gedaagden bij pleidooi nog eens uitdrukkelijk hebben herhaald, onderschrijven zij dat van belang is of technische voorzieningen beschikbaar zijn, niet slechts of ze worden toegepast. Het geschil tussen eisers en in het bijzonder ThuisKopie gaat om het antwoord op de vraag wanneer kan worden aangenomen dat technische voorzieningen beschikbaar zijn. ThuisKopie vindt namelijk dat daarvan pas sprake is wanneer de voorzieningen op economisch verantwoorde basis beschikbaar zijn, sprake is van standaardisatie, interoperabiliteit, haalbare integratie in businessmodellen aanwezig is, brede consumentenacceptatie bestaat en privacy-problemen zijn opgelost. De gevorderde verklaring voor recht is op dit verschil van inzicht niet gericht. Bij deze vordering hebben eisers gezien de overeenstemming tussen partijen geen belang.

4.8. N/O. wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing en de hoogte van de ThuisKopie vergoeding in andere lidstaten

4.8.1. Eisers stellen dat een wanverhouding bestaat tussen de prijs van de blanco gegevensdrager en de thuishkopie vergoeding. Volgens hen bedraagt de heffing op dit moment circa 40% van de verkoopprijs. De thuishkopie vergoeding is volgens eisers bovendien een van de hoogste in Europa. Dit alles zou leiden tot ontduiking en illegale import en zou aanleiding moeten zijn de thuishkopie vergoeding te verlagen tot hooguit het gemiddelde in Europa.

8. In gelijke zin de Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 5 p. 30 en de Nota naar aanleiding van het nadere verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 8 p. 12.

4.8.2. Hetgeen eisers aanvoeren geeft geen grond voor de gevorderde verklaringen voor recht. De door eisers geconstateerde wanverhouding van de thuiskopie-vergoeding ten opzichte van de prijs van de drager of ten opzichte van de thuiskopie-vergoeding elders in Europa betekent nog niet dat de thuiskopie-vergoeding daarmee in strijd met het recht zou zijn. Ook de omstandigheid dat er wat de hoogte van de thuiskopie-vergoeding tussen de lidstaten grote verschillen bestaan, hetgeen volgens eisers leidt tot parallelimport, maakt dit niet anders. Dit is inherent aan de keuze van de Europese regelgever om de hoogte van de thuiskopie-vergoeding niet te harmoniseren. Ook stelt Thuiskopie terecht dat in de rede ligt de thuiskopie-vergoeding te relateren aan de waarde van de daarop te kopiëren werken, niet aan de waarde van de drager.

4.9. P. met betrekking tot de DVD+RW geldt dat een nul-heffing geïndiceerd is, wegens de beschikbaarheid van doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen

4.9.1. Deze verklaring voor recht komt neer op vaststelling van de heffing. Zoals hiervoor is overwogen is de rechtbank daartoe niet bevoegd.

4.9.2. Het voorgaande voert tot de conclusie dat uitsluitend de gevorderde verklaring voor recht vermeld onder I moet worden toegewezen. Eisers moeten worden aangemerkt als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partijen, zodat zij worden veroordeeld in de proceskosten.

5. De beslissing

De rechtbank:

verklaart voor recht dat bij de bepaling van de thuiskopie-vergoeding geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven;

wijst het meer of anders gevorderde af;

veroordeelt eisers in de proceskosten, aan de zijde van Thuiskopie en SONT begroot op elk € 244,- aan verschotten en € 1.808,- aan salaris van de procureur; verklaart de proceskostenveroordeling ten gunste van SONT uitvoerbaar bij voorraad.⁹

Dit vonnis is gewezen door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen, mr. P.G.J. de Heij en mr. P.W. van Straalen en in het openbaar uitgesproken op 25 juni 2008.

9. Thuiskopie heeft dat niet gevorderd.

Rechtbank Arnhem 27 juni 2008
Nepmodelscout
LJN-nummer BD5618

**Strafrecht, identiteitsfraude, MSN, kinderporno (art. 240b Sr.),
aanranding (art. 246 Sr.), uitlokken van minderjarigen tot ontucht
(art. 248a Sr.), dwang (art. 284 Sr.)**

Verdachte heeft een groot aantal meisjes in de leeftijd van 13 tot 17 jaar door misleiding en bedreiging seksueel misbruikt. Hij trof het profiel van zijn slachtoffers aan op sites als www.sugababes.nl en www.funkybabes.nl, waarna hij chatgesprekken met hen voerde via MSN. Hierbij bediende hij zich van aliassen en deed zich onder andere voor als vrouwelijk fotomodel. Dit "model" wendde voor de slachtoffers te willen helpen om ook fotomodel te worden door hen in contact te brengen met een modelscout en hen namens deze scout te "keuren" op hun geschiktheid als model. Hierdoor misleid kleeften de slachtoffers zich vervolgens uit voor de webcam en toonden hun naakte borsten en/of geslachtsdelen aan verdachte, terwijl zij dachten met een vrouwelijk fotomodel van doen te hebben. Als de meisjes aan zijn (verdere) wensen niet mee wilden werken of geen afspraak met verdachte wilden maken, dwong hij hen daartoe door hen te dreigen de naaktbeelden die hij van hen in zijn bezit had gekregen, op internet te publiceren. Met datzelfde dreigement dwong hij sommigen van hen seksuele handelingen bij zichzelf te plegen voor de webcam.

Veroordeling tot gevangenisstraf van 24 maanden waarvan 8 voorwaardelijk, en schadevergoeding aan de slachtoffers, wegens kinderporno (art. 240b Sr.), aanranding (art. 246 Sr.), uitlokken van minderjarigen tot ontucht (art. 248a Sr.) en dwang (art. 284 Sr.) en verboden wapenbezit (art. 13 jo. 55 WWM).

VONNIS

In de zaak van
de officier van justitie in het arrondissement Arnhem

tegen

naam: [verdachte],
geboren op: [geboortedatum] te [geboorteplaats],
adres: [adres],
plaats: [woonplaats].

Raadsman: mr. A.H.J.G. van Voorthuizen, advocaat te Ede.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Ten aanzien van parketnummer 05/950333-06 is aan verdachte ten laste gelegd dat:

1. hij in of omstreeks de periode van 11 tot en met 13 september 2006 te Ederveen, gemeente Ede, en/of Ede, in elk geval in Nederland, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht en/of door misleiding een persoon, te weten [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]), waarvan verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, opzettelijk heeft bewogen (een) ontuchtige handeling(en) te plegen en/of (een) zodanige handeling(en) van hem, verdachte, te dulden, te weten het zich vòòr een door haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) laten uitkleden en/of (aldus) laten in-/aannemen van een of meer posities/houdingen om haar blote borsten en/of vagina/schaamlippen (prominent) (voor verdachte) in beeld te laten komen, welk misbruik en/of welke misleiding (telkens) hierin bestond(en) dat verdachte via internet/MSN met voornoemde – met een profiel op de website www.sugababes.nl, in elk geval het internet, staande en/of in het werk(en) van/als (foto)model geïnteresseerde – [slachtoffer 1] in contact is gekomen en/of (een) chatgesprek(ken) heeft gevoerd, bij welk contact en/of welk(e) chatgesprek(ken) verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Hanna en/of die [slachtoffer 1] (aldus)

- heeft verteld over (eigen ervaringen in) het werk(en) en/of (de) verdiensten van/als (foto)model/mannequin en/of
- heeft medegedeeld dat (het) (foto)modellenwerk wel wat voor haar is en/of (dan ook) een goed woordje voor haar te doen bij een (door verdachte voorgewende) modelscout en/of
- heeft verzocht/aangespoord zich – om (ook) (foto)model te kunnen worden en/of ter ‘keuring’/beoordeling van haar (naakte) lichaam – vòòr de door haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) uit te kleden en/of (vervolgens) bovengenoemde positie(s)/houding(en) in/aan te nemen;

(feit 1, pag. 104 t/m 246)

art. 248a Wetboek van Strafrecht

2. hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van de periode van 13 september 2006 tot en met 06 november 2006 te Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) (een) afbeelding(en) – en/of (een) gegevensdrager(s), bevattende (een) afbeelding(en) – van (een) seksuele gedraging(en) waarbij (een) perso(o)n(en) is/zijn betrokken en/of schijnbaar is/zijn betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft/hebben bereikt, heeft vervaardigd en/of in bezit heeft gehad, bestaande die afgebeelde seksuele gedraging(en) (telkens) uit de minderjarige [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]) die zich geheel en/of gedeeltelijk uitkleedt en/of (naakt) poseert, waarbij haar (ont)blote borsten en/of vagina nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en zijnde voornoemde seksuele

gedraging(en) afgebeeld en/of vastgelegd op/in een of meer externe harde schijf/schijven (SVO-011);
 (feit 10, pag. 1121 t/m 1129, in onderling verband en samenhang bezien met de rest van het dossier)
 art. 240b lid 1 Wetboek van Strafrecht

Ten aanzien van parketnummer 05/950380-06 is aan verdachte tenlastegelegd dat:

1. hij op of omstreeks 02 april 2006 en/of op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van 16 juli 2006 tot en met 24 september 2006 te Vaals en/of Kerkdriel, gemeente Maasdriel, en/of Doorn, gemeente Utrechtse Heuvelrug, en/of IJmuiden, gemeente Velsen, en/of Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht en/of door misleiding een of meer perso(o)n(en), te weten [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 3] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 4] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]), waarvan verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had(den) bereikt, (telkens) opzettelijk heeft bewogen (een) ontuchtige handeling(en) te plegen en/of (een) zodanige handeling(en) van hem, verdachte, te dulden, te weten het zich vòòr een door haar/hen ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) laten uitkleden en/of (aldus) laten in-/aannemen van een of meer posities/houdingen om haar/hun blote borsten en/of vagina/schaamlippen (prominent) (voor verdachte) in beeld te laten komen, welk misbruik en/of welke misleiding (telkens) hierin bestond(en) dat verdachte via internet/MSN met voornoemde – met een profiel op de website(s) www.funkybabes.nl en/of www.sugababes.nl, in elk geval het internet, staande en/of in het werk(en) van/als (foto)model geïnteresseerde – [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] in contact is gekomen en/of (een) chatgesprek(ken) heeft gevoerd, bij welk contact en/of welk(e) chatgesprek(ken) verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Veronica en/of Charlotte en/of Hanna en/of die [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] (aldus)

- heeft verteld over (eigen ervaringen in) het werk(en) en/of (de) verdiensten van/als (foto)model/mannequin en/of
- heeft medegedeeld dat (het) (foto)modellenwerk wel wat voor haar/hen is en/of (dan ook) een goed woordje voor haar/hen te doen bij een (door verdachte voorgewende) modelscout en/of
- heeft verzocht/aangespoord zich – om (ook) (foto)model te kunnen worden en/of ter ‘keuring’/beoordeling van haar/hun (naakte) lichaam – vòòr de door haar/hen ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) uit te kleden en/of (vervolgens) bovengenoemde positie(s)/houding(en) in/aan te nemen;

(feit 7, pag. 789 t/m 971; pagina 1303 t/m 1305 en 1485 t/m 1506; feit 8, pag. 972 t/m 1104; feit 4, pag. 428 t/m 543)
 art. 248a Wetboek van Strafrecht.

2. hij op of omstreeks 22 april 2006 te Vaals en/of Ede, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) en/of bedreiging met geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) heeft gedwongen tot het plegen van (een) ontuchtige handeling(en), te weten het door voornoemde [slachtoffer 2] vòòr haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) betasten en/of kneden van haar borsten en/of spreiden van haar schaamlippen en/of duwen/brengen van (een van) haar vinger(s) en/of een borstel, althans enig voorwerp, in haar vagina, welk geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens een met voornoemde [slachtoffer 2] gevoerd chatgesprek, waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model Veronica, die [slachtoffer 2] heeft gedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) naaktfoto('s) en/of -filmpje(s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien [slachtoffer 2] haar webcam niet zou inschakelen en/of (vervolgens) bovengenoemde ontuchtige handeling(en) niet vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf zou uitvoeren en/of die [slachtoffer 2] (aldus) heeft opgedragen/aangegeven bovengenoemde ontuchtige handeling(en) vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf uit te voeren en/of (verder) misbruik heeft gemaakt van zijn (leeftijds)overwicht op die [slachtoffer 2];
(feit 7, pag. 789 t/m 971)

art. 246 Wetboek van Strafrecht.

3. hij in of omstreeks de periode van 26 t/m 29 september 2006 te IJmuiden, gemeente Velsen en/of Ede, in elk geval in Nederland, [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]) door geweld of enige andere feitelijkheid en/of door bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid, gericht tegen die [slachtoffer 5], wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen of te dulden, te weten het door die [slachtoffer 5] maken/verzetten van een (seks)afpraak met en/of (vervolgens) ontmoeten/bezoeken van (de zich als modelscout voordoende) verdachte, welk geweld of enige andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens (een) met voornoemde [slachtoffer 5] gevoerd(e) chatgesprek(ken), waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model Hanna, die [slachtoffer 5] heeft gedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) naaktfoto('s) en/of -filmpje(s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien het niet zou komen tot (het verzetten van) een (seks)afpraak en/of een ontmoeting/bezoek met/aan (de zich als modelscout voordoende) verdachte;
(feit 4, pag. 428 t/m 543)

art. 284 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht.

4. hij in of omstreeks de periode van 23 tot en met 30 september 2006 te Bilthoven, gemeente De Bilt, en/of Ede, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) en/of bedreiging met geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) [slachtoffer 6] (geboren op [geboortedatum]) heeft gedwongen tot het

ondergaan van (een) handeling(en) die (mede) bestond(en) uit het seksueel binnendringen van het lichaam, te weten het (tong)zoenen van die [slachtoffer 6] en/of het betasten/aanraken van de borsten van die [slachtoffer 6] en/of het duwen/brengen van zijn, verdachtes, penis in de vagina van die [slachtoffer 6], welk geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte

- via internet/MSN en/of per telefoon met voornoemde – met een profiel op de website www.sugababes.nl, in elk geval het internet, staande – [slachtoffer 6] in contact is gekomen en/of (een) chat-/telefoongesprek(ken) heeft gevoerd, bij welk contact en/of welk(e) chat-/telefoongesprek(ken) verdachte
- zich heeft voorgedaan als de in haar, [slachtoffer 6], geïnteresseerde Patrick en/of als modelscout en/of Patrick's (mede-geïnteresseerde) vriend Sammy en/of
- die [slachtoffer 6] (aldus) heeft gedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakte foto('s) van haar (ont)blote borsten op het internet te plaatsen en/of aan [slachtoffer 6]'s familie te tonen, althans openbaar te maken, indien het niet zou komen tot een (seks)afpraak en/of een ontmoeting/bezoek met/aan hem, Patrick, en/of Sammy, althans verdachte, en/of
- zich (bij/gedurende voormeld(e) ontmoeting/bezoek) heeft voorgedaan als modelscout Sammy en/of die [slachtoffer 6] (aldus) heeft medegedeeld dat hij, Sammy, [slachtoffer 6] wel kon helpen om (foto)model te worden en/of
- die [slachtoffer 6] (bij haar middel) heeft vastgepakt en/of (vervolgens) onverhoeds heeft ge(tong)zoend en/of (verder) heeft 'overvallen' met bovengenoemde (ontuchtige) handeling(en) en/of (verder) misbruik heeft gemaakt van de afhankelijke/kwetsbare positie waarin die [slachtoffer 6] verkeerde en/of van zijn geestelijk en/of lichamelijk overwicht op die [slachtoffer 6];

(feit 6, pag. 564 t/m 788)

art. 242 Wetboek van Strafrecht.

althans, indien het vorenstaande onder 4 niet tot een veroordeling leidt:

hij in of omstreeks de periode van 23 t/m 30 september 2006 te Bilthoven, gemeente De Bilt, en/of Ede, in elk geval in Nederland, [slachtoffer 6] (geboren op [geboortedatum]) door geweld of enige andere feitelijkheid en/of door bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid, gericht tegen die [slachtoffer 6], wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen of te dulden, te weten het door die [slachtoffer 6] maken van een (seks)afpraak met en/of (vervolgens) ontmoeten/bezoeken van (de zich als de hierna te noemen Patrick en/of als modelscout en/of Patrick's vriend Sammy voordoende) verdachte, welk geweld of enige andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens (een) met voornoemde [slachtoffer 6] gevoerd(e) chat-/telefoongesprek(ken), waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als de in haar, [slachtoffer 6], geïnteresseerde Patrick en/of als modelscout en/of Patrick's (mede-geïnteresseerde) vriend Sammy, die [slachtoffer 6] heeft gedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) foto('s) van

haar (ont)blote borsten op het internet te plaatsen en/of aan [slachtoffer 6]’s familie te tonen, althans openbaar te maken, indien het niet zou komen tot een (seks)-afpraak en/of een ontmoeting/bezoek met/aan hem, Patrick, en/of Sammy, althans verdachte;

art. 284 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht.

5. hij op of omstreeks 22 oktober 2006 te Geldrop, gemeente Geldrop-Mierlo, en/of Ede, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) en/of bedreiging met geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) [slachtoffer 7] (geboren op [geboortedatum]) heeft gedwongen tot het plegen van een ontuchtige handeling, te weten het door voornoemde [slachtoffer 7] vòòr haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) spreiden van haar schaamlippen, welk geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens een met voornoemde [slachtoffer 7] gevoerd chatgesprek, waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Hanna, die [slachtoffer 7] heeft bedreigd (een) door [slachtoffer 7] van zichzelf gemaakte en/of naar verdachte gemaakte naaktfoto(’s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien [slachtoffer 7] haar webcam niet zou inschakelen en/of (vervolgens) bovengenoemde ontuchtige handeling niet vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf zou uitvoeren en/of die [slachtoffer 7] (aldus) heeft opgedragen/aangegeven bovengenoemde ontuchtige handeling vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf uit te voeren en/of (verder) misbruik heeft gemaakt van zijn (leef-tijds)overzicht op die [slachtoffer 7];

(pag. 1299 t/m 1302 en 1415 t/m 1484)

art. 246 Wetboek van Strafrecht.

6. hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van de periode van 02 april 2006 tot en met 06 november 2006 te Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) (een) afbeelding(en) – en/of (een) gegevensdrager(s), bevattende (een) afbeelding(en) – van (een) seksuele gedraging(en) waarbij (een) perso(o)n(en) is/zijn betrokken en/of schijnbaar is/zijn betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft/hebben bereikt, heeft vervaardigd en/of in bezit heeft gehad, bestaande die afgebeelde seksuele gedraging(en) (telkens) uit

- de geheel en/of gedeeltelijk ontklede minderjarige [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 8] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 3] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 4] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 6] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 7] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 9] (geboren op [geboortedatum]) die
- haar/hun vagina(’s) en/of borsten betast(en) en/of streelt/strelen en/of haar/hun schaamlippen spreidt/spreiden en/of zich vingert/vingeren en/of zichzelf met (een) voorwerp(en) penetreert/penetreren en/of

- (naakt) poseert/poseren, waarbij haar/hun (ont)blote borsten en/of vagina(s)/schaamlippen nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en/of
- een of meer (ander(e)) geheel of gedeeltelijk ontkle(e)d(e) minderjarig(e) meisjes – niet zijnde/omvattende [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]) – dat/die (onder meer)
- haar/hun borsten betast(en) en/of haar/hun schaamlippen spreidt/spreiden en/of zich vingert/vingeren en/of
- op een dusdanige wijze poseert/poseren dat haar/hun borsten en/of vagina(s)/schaamlippen nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en zijnde voor-noemde seksuele gedraging(en) afgebeeld en/of vastgelegd op/in een of meer externe harde schijf/schijven (SVO-011) en/of een laptop (SVO-13) en/of een of meer CD-roms en/of DVD's (SVO-014);

(feit 10, pag. 1121 t/m 1129, in onderling verband en samenhang bezien met de rest van het dossier)

art. 240b lid 1 Wetboek van Strafrecht.

7. hij in of omstreeks de periode van 19 januari 2006 tot en met 06 november 2006, in elk geval op of omstreeks 06 november 2006, te Ede (een) wapen(s) van categorie I onder 7°, te weten

- een aansterkerrevolver, zijnde een voorwerp dat niet genoemd staat in bijlage I van de Regeling Wapens en Munitie maar voor wat betreft vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertoont met een in die bijlage genoemd voorwerp, en wel een op lijst a van die bijlage vermeld speelgoedrevolver van het merk ASGK, model smith & wesson, en/of
- een balletjespistool, zijnde een voorwerp dat is vermeld op lijst b van bijlage I van de Regeling Wapens en Munitie, en wel een pistool Tactical smith & wesson, model gyna p.139, voorhanden heeft gehad;

De in deze telastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wet wapens en munitie betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd;

(feit 9, pag. 1105 t/m 1120; feit 5, pag. 544 t/m 563; feit 3, pag. 362 t/m 427))

art. 13 lid 1 Wet wapens en munitie.

8. hij op of omstreeks 06 november 2006 te Ede een wapen van categorie I, onder 3e, te weten een vilmes, voorhanden heeft gehad;

De in deze telastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wet wapens en munitie betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd;

(feit 9, pag. 1105 t/m 1120)

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 13 juni 2008 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. A.H.J.G. van Voorthuizen, advocaat te Ede.

Op 13 juni 2008 zijn ter terechtzitting de zaken van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem, onder bovenstaande parketnummers bij afzonderlijke dagvaardingen aanhangig gemaakt, gevoegd.

Als benadeelde partijen hebben zich schriftelijk in het geding gevoegd:

- [slachtoffer 1]
- [slachtoffer 2]
- [slachtoffer 4]
- [slachtoffer 5]
- [slachtoffer 6]
- [slachtoffer 8]

Ter terechtzitting van 13 juni 2008 zijn zij vertegenwoordigd door mr. A. van Bon-Moors.

Ten aanzien van het onder 4 primair tenlastegelegde feit in de zaak met parketnummer 05/950380-06 eist de officier van justitie vrijspraak. Ten aanzien van feit 1 en 2 zoals tenlastegelegd in de zaak met parketnummer 05/950333-06 en ten aanzien van de feiten 1, 2, 3, 4 subsidiair, 5, 6, 7 en 8 zoals tenlastegelegd in de zaak met parketnummer 05/950380-06 eist de officier van justitie dat de verdachte zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 4 jaar waarvan 1 jaar geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met als bijzondere voorwaarde reclasseringstoezicht, ook als dit inhoudt behandeling bij Kairos of een soortgelijke instelling en voorts met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

De officier van justitie heeft voorts geëist dat de vorderingen van de benadeelde partijen [slachtoffer 1], [slachtoffer 2], [slachtoffer 4], [slachtoffer 5], [slachtoffer 6] en [slachtoffer 8] tot een bedrag van respectievelijk € 5.072,31, € 2.124,73, € 1.814,12, € 1.743,91, € 9.881,11 en € 1.788,82 worden toegewezen en heeft gevorderd dat er telkens een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht wordt opgelegd tot dit bedrag, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door respectievelijk 101, 42, 36, 34, 197 en 35 dagen hechtenis. De officier van justitie heeft tot slot gevorderd dat de benadeelde partijen voor het overige deel van hun vorderingen niet ontvankelijk worden verklaard. Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

Bewijsmiddelen

Er is met betrekking tot de overige ten laste gelegde feiten sprake van een bekende verdachte als bedoeld in artikel 359, derde lid, laatste zin van het Wetboek

van Strafvordering en daarom wordt volstaan met een opgave van de bewijsmiddelen

ten aanzien van parketnummer 05/950333-06:

met betrekking tot feit 1:

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van verhoor van verdachte (p.77-86)
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 1] (p.106-107)
- proces-verbaal van verhoor van aangeefster [slachtoffer 1] (p.131)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de weergave van chatgesprekken (p.147-196) en de beschrijving van aangetroffen webcamfilms van aangeefster [slachtoffer 1] (p.144-145)

met betrekking tot feit 2:

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van bevindingen betreffende de externe harde schijf 02 (p.1124-1125)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek betreffende multi-mediafile 2 (p.1128)

ten aanzien van parketnummer 05/950380-06:

met betrekking tot feit 1

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van verhoor van verdachte
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 2] (p.793-794)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de weergave van een chatgesprek (p.812-824)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van een aangetroffen webcamfilm (p.952-953)
- proces-verbaal inhoudende de weergave van een telefoongesprek met [slachtoffer 3] (p.1486-1487)
- schriftelijk bescheid, inhoudende de weergave van een e-mailbericht (p.1489)
- schriftelijk bescheid, inhoudende de weergave van een chatgesprek (p. 1500-1504)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de weergave van een webcamfilm (p.1304-1305)
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 4] (p.976-978)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van aangetroffen webcamfilms (p.985-987) en de weergave van chatgesprekken (p.1003-1024)
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 5] (p.432-433)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van aangetroffen webcamfilms (p.444-445) en de weergave van chatgesprekken (p.453-471 en 487-500)

met betrekking tot feit 2

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 2] (p.795)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de weergave van een chatgesprek (p.827-835)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van een aangetroffen webcamfilm (p.953-954)

met betrekking tot feit 3

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 5] (p.434)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de weergave van een chatgesprek (p.503-541)

met betrekking tot feit 4 subsidiair

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van aangifte van [slachtoffer 6] (p.568-570)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van een aangetroffen webcamfilm (p.586) en de weergave van een chatgesprek (p.628-642)

met betrekking tot feit 5

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van bevindingen inhoudende de weergave van een telefoongesprek (p.1416)
- proces-verbaal van digitaal onderzoek inhoudende de beschrijving van een aangetroffen webcamfilm (p.1300-1301)
- schriftelijk bescheid inhoudende de weergave van een chatgesprek (p.1464-1470)

met betrekking tot feit 6

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van bevindingen (p.1123-1129)
- de hiervoor genoemde bewijsmiddelen, voorzover zij betrekking hebben op het vervaardigen en het bezit hebben van de hier genoemde afbeeldingen

met betrekking tot feit 7

- verklaring van verdachte ter terechtzitting
- proces-verbaal van omschrijving wapens en munitie inhoudende een beschrijving van een aanstekerpistool en een balletjespistool (p.1107-1108)
- proces-verbaal van omschrijving wapens en munitie inhoudende foto's (p.1111-1115 en 1118-1119)

met betrekking tot feit 8

- verklaring van verdachte ter terechtzitting

- proces-verbaal van omschrijving wapens en munitie inhoudende een beschrijving van een vilmes (p.1107)
- proces-verbaal van omschrijving wapens en munitie inhoudende foto's, (p.1116)

Conclusie

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn die fouten verbeterd. Verdachte is daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

De rechtbank acht niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte in de zaak met parketnummer 950380-06 onder 4 primair is tenlastegelegd en zal verdachte daarvan vrijspreken.

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het in de zaak met parketnummer 05/950333-06 onder 1 en 2 en in de zaak met parketnummer 05/950380-06 onder 1, 2, 3, 4 subsidiair, 5, 6, 7 en 8 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

ten aanzien van parketnummer 05/950333-06:

1. hij in of omstreeks de periode van 11 tot en met 13 september 2006 te Ederveen, gemeente Ede, en/of Ede, in elk geval in Nederland, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht en/of door misleiding een persoon, te weten [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]), waarvan verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, opzettelijk heeft bewogen (een) ontuchtige handeling(en) te plegen en/of (een) zodanige handeling(en) van hem, verdachte, te dulden, te weten het zich vòòr een door haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) laten uitkleden en/of (aldus) laten in-/aannemen van een of meer posities/houdingen om haar blote borsten en/of vagina/schaamlippen (prominent) (voor verdachte) in beeld te laten komen, welk misbruik en/of welke misleiding (telkens) hierin bestond(en) dat verdachte via internet/MSN met voornoemde – met een profiel op de website www.sugababes.nl, in elk geval het internet, staande en/of in het werk(en) van/als (foto)model geïnteresseerde – [slachtoffer 1] in contact is gekomen en/of (een) chatgesprek(ken) heeft gevoerd, bij welk contact en/of welk(e) chatgesprek(ken) verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Hanna en/of die [slachtoffer 1] (aldus)

- heeft verteld over (eigen ervaringen in) het werk(en) en/of (de) verdiensten van/als (foto)model/mannequin en/of
- heeft medegedeeld dat (het) (foto)modellenwerk wel wat voor haar is en/of (dan ook) een goed woordje voor haar te doen bij een (door verdachte voorgewende) modelscout en/of
- heeft verzocht/aangespoord zich – om (ook) (foto)model te kunnen worden en/of ter 'keuring'/beoordeling van haar (naakte) lichaam – vòòr de door haar

ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) uit te kleden en/of (vervolgens) bovengenoemde positie(s)/houding(en) in/aan te nemen;

2. hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van de periode van 13 september 2006 tot en met 06 november 2006 te Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) (een) afbeelding(en) – en/of (een) gegevensdrager(s), bevattende (een) afbeelding(en) – van (een) seksuele gedraging(en) waarbij (een) perso(o)n(en) is/zijn betrokken en/of schijnbaar is/zijn betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft/hebben bereikt, heeft vervaardigd en/of in bezit heeft gehad, bestaande die afgebeelde seksuele gedraging(en) (telkens) uit de minderjarige [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]) die zich geheel en/of gedeeltelijk uitkleedt en/of (naakt) poseert, waarbij haar (ont)blote borsten en/of vagina nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en zijnde voornoemde seksuele gedraging(en) afgebeeld en/of vastgelegd op/in een of meer externe harde schijf/schijven (SVO-011);

ten aanzien van parketnummer 05/950380-06:

1. hij op of omstreeks 02 april 2006 en/of op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van 16 juli 2006 tot en met 24 september 2006 te Vaals en/of Kerkdriel, gemeente Maasdiel, en/of Doorn, gemeente Utrechtse Heuvelrug, en/of IJmuiden, gemeente Velsen, en/of Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht en/of door misleiding een of meer perso(o)n(en), te weten [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 3] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 4] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]), waarvan verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had(den) bereikt, (telkens) opzettelijk heeft bewogen (een) ontuchtige handeling(en) te plegen en/of (een) zodanige handeling(en) van hem, verdachte, te dulden, te weten het zich vòòr een door haar/hen ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) laten uitkleeden en/of (aldus) laten in-/aannemen van een of meer posities/houdingen om haar/hun blote borsten en/of vagina/schaamlippen (prominent) (voor verdachte) in beeld te laten komen, welk misbruik en/of welke misleiding (telkens) hierin bestond(en) dat verdachte via internet/MSN met voornoemde – met een profiel op de website(s) www.funkybabes.nl en/of www.sugababes.nl, in elk geval het internet, staande en/of in het werk(en) van/als (foto)model geïnteresseerde – [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] in contact is gekomen en/of (een) chatgesprek(ken) heeft gevoerd, bij welk contact en/of welk(e) chatgesprek(ken) verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Veronica en/of Charlotte en/of Hanna en/of die [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] (aldus)

– heeft verteld over (eigen ervaringen in) het werk(en) en/of (de) verdiensten van/als (foto)model/mannequin en/of

- heeft medegedeeld dat (het) (foto)modellenwerk wel wat voor haar/hen is en/of (dan ook) een goed woordje voor haar/hen te doen bij een (door verdachte voorgewende) modelscout en/of
- heeft verzocht/aangespoord zich – om (ook) (foto)model te kunnen worden en/of ter ‘keuring’/beoordeling van haar/hun (naakte) lichaam – vòòr de door haar/hen ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) uit te kleden en/of (vervolgens) bovengenoemde positie(s)/houding(en) in/aan te nemen;

2. hij op of omstreeks 22 april 2006 te Vaals en/of Ede, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) en/of bedreiging met geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) heeft gedwongen tot het plegen van (een) ontuchtige handeling(en), te weten het door voornoemde [slachtoffer 2] vòòr haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) betasten en/of kneden van haar borsten en/of spreiden van haar schaamlippen en/of duwen/brengen van (een van) haar vinger(s) en/of een borstel, althans enig voorwerp, in haar vagina, welk geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en/of welke bedreiging met een geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens een met voornoemde [slachtoffer 2] gevoerd chatgesprek, waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model Veronica, die [slachtoffer 2] heeft bedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) naaktfoto(‘s) en/of -filmpje(s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien [slachtoffer 2] haar webcam niet zou inschakelen en/of (vervolgens) bovengenoemde ontuchtige handeling(en) niet vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf zou uitvoeren en/of die [slachtoffer 2] (aldus) heeft opgedragen/aangegeven bovengenoemde ontuchtige handeling(en) vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf uit te voeren en/of (verder) misbruik heeft gemaakt van zijn (leeftijds)overwicht op die [slachtoffer 2];

3. hij in of omstreeks de periode van 26 t/m 29 september 2006 te IJmuiden, gemeente Velsen en/of Ede, in elk geval in Nederland, [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]) door geweld of enige andere feitelijkheid en/of door bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid, gericht tegen die [slachtoffer 5], wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen of te dulden, te weten het door die [slachtoffer 5] maken/verzetten van een (seks)afpraak met en/of (vervolgens) ontmoeten/bezoeken van (de zich als modelscout voordoende) verdachte, welk geweld of enige andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens (een) met voornoemde [slachtoffer 5] gevoerd(e) chatgesprek(ken), waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model Hanna, die [slachtoffer 5] heeft bedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) naaktfoto(‘s) en/of -filmpje(s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien het niet zou komen tot (het verzetten van) een (seks)afpraak en/of een ontmoeting/bezoek met/aan (de zich als modelscout voordoende) verdachte;

4. subsidiair; hij in of omstreeks de periode van 23 t/m 30 september 2006 te Bilthoven, gemeente De Bilt, en/of Ede, in elk geval in Nederland, [slachtoffer 6] (geboren op [geboortedatum]) door geweld of enige andere feitelijkheid en/of door bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid, gericht tegen die [slachtoffer 6], wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen of te dulden, te weten het door die [slachtoffer 6] maken van een (seks)afpraak met en/of (vervolgens) ontmoeten/bezoeken van (de zich als de hierna te noemen Patrick en/of als modelscout en/of Patrick's vriend Sammy voordoende) verdachte, welk geweld of enige andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens (een) met voornoemde [slachtoffer 6] gevoerd(e) chat-/telefoongesprek(ken), waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als de in haar, [slachtoffer 6], geïnteresseerde Patrick en/of als modelscout en/of Patrick's (mede-geïnteresseerde) vriend Sammy, die [slachtoffer 6] heeft bedreigd (een) van haar door verdachte (heimelijk) gemaakt(e) foto('s) van haar (ont)blote borsten op het internet te plaatsen en/of aan [slachtoffer 6]'s familie te tonen, althans openbaar te maken, indien het niet zou komen tot een (seks)afpraak en/of een ontmoeting/bezoek met/aan hem, Patrick, en/of Sammy, althans verdachte;

5. hij op of omstreeks 22 oktober 2006 te Geldrop, gemeente Geldrop-Mierlo, en/of Ede, in elk geval in Nederland, door geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) en/of bedreiging met geweld of (een) andere feitelijkhe(i)d(en) [slachtoffer 7] (geboren op [geboortedatum]) heeft gedwongen tot het plegen van een ontuchtige handeling, te weten het door voornoemde [slachtoffer 7] vòòr haar ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) spreiden van haar schaamlippen, welk geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) en/of welke bedreiging met een geweld of andere feitelijkhe(i)d(en) hierin heeft/hebben bestaan dat verdachte tijdens een met voornoemde [slachtoffer 7] gevoerd chatgesprek, waarbij verdachte zich heeft voorgedaan als (foto)model/mannequin Hanna, die [slachtoffer 7] heeft bedreigd (een) door [slachtoffer 7] van zichzelf gemaakte en/of naar verdachte gemaakte naaktfoto('s) op het internet te plaatsen, althans openbaar te maken, indien [slachtoffer 7] haar webcam niet zou inschakelen en/of (vervolgens) bovengenoemde ontuchtige handeling niet vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf zou uitvoeren en/of die [slachtoffer 7] (aldus) heeft opgedragen/aangegeven bovengenoemde ontuchtige handeling vòòr die ingeschakelde webcam (en aldus zichtbaar voor verdachte) met/bij zichzelf uit te voeren en/of (verder) misbruik heeft gemaakt van zijn (leef-tijds)overzicht op die [slachtoffer 7];

6. hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van de periode van 02 april 2006 tot en met 06 november 2006 te Ede, in elk geval in Nederland, (telkens) (een) afbeelding(en) – en/of (een) gegevensdrager(s), bevattende (een) afbeelding(en) – van (een) seksuele gedraging(en) waarbij (een) perso(n)en) is/zijn betrokken en/of schijnbaar is/zijn betrokken die kennelijk de leeftijd van

achttien jaar nog niet heeft/hebben bereikt, heeft vervaardigd en/of in bezit heeft gehad, bestaande die afgebeelde seksuele gedraging(en) (telkens) uit

- de geheel en/of gedeeltelijk ontklede minderjarige [slachtoffer 2] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 8] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 3] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 4] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 6] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 7] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 5] (geboren op [geboortedatum]) en/of [slachtoffer 9] (geboren op [geboortedatum]) die
- haar/hun vagina('s) en/of borsten betast(en) en/of streelt/strelen en/of haar/hun schaamlippen spreidt/spreiden en/of zich vingert/vingeren en/of zichzelf met (een) voorwerp(en) penetreert/penetreren en/of
- (naakt) poseert/poseren, waarbij haar/hun (ont)blote borsten en/of vagina('s)/schaamlippen nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en/of
- een of meer (ander(e)) geheel of gedeeltelijk ontkle(e)d(e) minderjarig(e) meisjes – niet zijnde/omvattende [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum]) – dat/die (onder meer)
- haar/hun borsten betast(en) en/of haar/hun schaamlippen spreidt/spreiden en/of zich vingert/vingeren en/of
- op een dusdanige wijze poseert/poseren dat haar/hun borsten en/of vagina('s)/schaamlippen nadrukkelijk in beeld worden/wordt gebracht, en zijnde voornoemde seksuele gedraging(en) afgebeeld en/of vastgelegd op/in een of meer externe harde schijf/schijven (SVO-011) en/of een laptop (SVO-13) en/of een of meer CD-roms en/of DVD's (SVO-014);

7. hij in of omstreeks de periode van 19 januari 2006 tot en met 06 november 2006, in elk geval op of omstreeks 06 november 2006, te Ede (een) wapen(s) van categorie I onder 7°, te weten

- een aanstekerrevolver, zijnde een voorwerp dat niet genoemd staat in bijlage I van de Regeling Wapens en Munitie maar voor wat betreft vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertoont met een in die bijlage genoemd voorwerp, en wel een op lijst a van die bijlage vermeld speelgoedrevolver van het merk ASGK, model smith & wesson, en/of
- een balletjespistool, zijnde een voorwerp dat is vermeld op lijst b van bijlage I van de Regeling Wapens en Munitie, en wel een pistool Tactical smith & wesson, model gyma p.139, voorhanden heeft gehad;

8. hij op of omstreeks 06 november 2006 te Ede een wapen van categorie I, onder 3e, te weten een vilmes, voorhanden heeft gehad;

Hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte zal daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

4a. De kwalificatie van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

Ten aanzien van parketnummer 05/95033-06:

feit 1:

Door misleiding een persoon, waarvan de dader weet dat deze de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden.

feit 2:

Een afbeelding en een gegevensdrager, bevattende een afbeelding, van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken, vervaardigen en in bezit hebben.

Ten aanzien van parketnummer 05/950380-06:

feit 1

Door misleiding een persoon, waarvan de dader weet dat deze de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, meermalen gepleegd.

feit 2

Feitelijke aanranding van de eerbaarheid.

feit 3

Een ander door bedreiging met enige feitelijke gericht tegen die ander wederrechtelijk dwingen iets te doen.

feit 4 subsidiair

Een ander door bedreiging met enige feitelijke gericht tegen die ander wederrechtelijk dwingen iets te doen.

feit 5

Feitelijke aanranding van de eerbaarheid.

feit 6

Een afbeelding of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding, van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken, vervaardigen en in bezit hebben, meermalen gepleegd.

feit 7

Handelen in strijd met artikel 13, eerste lid van de Wet wapens en munitie, meermalen gepleegd.

feit 8

Handelen in strijd met artikel 13, eerste lid van de Wet wapens en munitie.

4b. De strafbaarheid van de feiten

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Niet is gebleken van feiten of omstandigheden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluiten, met name ook niet uit de hierna te noemen deskundigenrapportage.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke en omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:
 - de justitiële documentatie betreffende verdachte, gedateerd 22 juni 2007,
 - een pro justitia rapport, opgemaakt door drs. N. van de Weg, psychiater, gedateerd 20 augustus 2007, en drs. I.I. van der Klaauw, psycholoog, gedateerd 27 augustus 2007
 - een pro justitia rapport, gedateerd 27 juli 2007, opgemaakt door drs. G.J.W. Pol, psycholoog (aanvullend neuropsychologisch onderzoek),
 - een adviesrapport van Reclassering Nederland, gedateerd 1 februari 2008,
 - een voorlichtingsrapport van Reclassering Nederland, gedateerd 23 augustus 2007,
 - een vroeghulpinterventierapport van Reclassering Nederland, gedateerd 9 november 2006.

De rechtbank overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft een groot aantal meisjes in de leeftijd van 13 tot 17 jaar door misleiding en bedreiging seksueel misbruikt. Hij trof het profiel van zijn slachtoffers aan op sites als www.sugababes.nl en www.funkybabes.nl, waarna hij chatsprekken met hen voerde via MSN. Hierbij bediende hij zich van aliassen en deed zich onder andere voor als vrouwelijk fotomodel. Dit “model” wendde voor de slachtoffers te willen helpen om ook fotomodel te worden door hen in contact te brengen met een modelscout en hen namens deze scout te “keuren” op hun geschiktheid als model. Hierdoor misleid kleeadden de slachtoffers zich vervolgens uit voor de webcam en toonden hun naakte borsten en/of geslachtsdelen aan verdachte, terwijl zij dachten met een vrouwelijk fotomodel van doen te hebben. Als de meisjes aan zijn (verdere) wensen niet mee wilden werken of geen afspraak met verdachte wilden maken, dwong hij hen daartoe door hen te dreigen

de naaktbeelden die hij van hen in zijn bezit had gekregen, op internet te publiceren. Met datzelfde dreigement dwong hij sommigen van hen seksuele handelingen bij zichzelf te plegen voor de webcam.

De rechtbank is van oordeel dat verdachte door deze handelwijze, die hij, zoals hij ter zitting heeft verklaard, zelf beleefde als een spel dat hij wilde en kon winnen, op buitengewoon gewiekste wijze de meisjes voor zijn eigen genot heeft misbruikt.

Verdachte heeft verklaard dat zijn gedrag voortkomt uit gebrek aan durf en onmacht om op een normale wijze met meisjes contact te leggen; het besef dat hij door manipulatie en chantage de meisjes tot contacten en seks heeft gedwongen lijkt slechts moeizaam en langzaam tot hem door te dringen.

Door hen op deze geraffineerde wijze te misbruiken heeft verdachte zijn slachtoffers, die in een kwetsbare fase van hun ontwikkeling verkeerden, veel schade toegebracht. Ten gevolge van de inbreuken op hun lichamelijke en geestelijke integriteit hebben zij vaak ernstige klachten ontwikkeld. De rechtbank neemt dit misbruik verdachte bijzonder kwalijk.

Daarnaast heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan het vervaardigen en in bezit hebben van kinderpornografisch materiaal en het voorhanden hebben van een aantal verboden wapens.

De rechtbank houdt rekening met hetgeen door de psychiater Van de Weg en de psychologen Van der Klaauw en Pol in hun bovengenoemde rapporten naar voren is gebracht.

De psychiater Van de Weg heeft in haar onderzoek geen aanwijzingen gevonden voor pedofilie of andere parafilieën; het benaderen van jonge meisjes lijkt veeleer een uiting van een algemene ontwikkelingsachterstand en neiging contacten aan te gaan met jongere vrienden dan van een specifieke interesse voor minderjarige meisjes.

Ten tijde van het plegen van het tenlastegelegde was er sprake van een depressieve stoornis na het verbreken van zijn relatie mede samenhangend met het besef van achterstand vergeleken bij leeftijdsgenoten. Dit ging gepaard met ernstige minderwaardigheidsgevoelens en sociale vermijding. De psychische problematiek met name in combinatie met het verlangen naar intimiteit en erkenning vanuit narcistische trekken en de minderwaardigheidsgevoelens ten gevolge van de cognitieve beperkingen en de depressieve stoornis hebben zeker bijgedragen aan het plegen van het tenlastegelegde. Betrokkene zou echter ook in staat moeten zijn geweest het laakbare van zijn handelen in te zien. De stoornis is zodanig dat het tenlastegelegde betrokkene in licht verminderde mate kan worden toegerekend.

Betrokkene is oprecht geschokt door zijn aanhouding en vastbesloten nooit meer met meisjes in contact te zoeken via internet. Hij komt daarin betrouwbaar over. Hij is echter vooral geraakt door de gevolgen die het strafproces voor hem zelf heeft, en heeft geen enkel schuldbesef of inzicht in de laakbaarheid van zijn handelen. Het recidiverisico wordt op grond van risicotaxatie met de SVR-20 niet verhoogd in geschat vergeleken bij andere zedendelinquenten. Het obsessieve karakter van de seksuele delicten en de herhaling ervan en de extreme minimali-

sering en ontkenning zijn echter wel zorgelijk. Op grond van de stoornis zijn het met name de narcistische verlangens, de onzekerheid over zijn identiteit als man die bijdragen aan het recidiverisico, in combinatie met de neiging tot depressiviteit en onzekerheid die is toegenomen door de cognitieve beperkingen ten gevolge van het hersentrauma. Behandeling gericht op delictanalyse, terugvalpreventie en versterken van zelfvertrouwen en sociale vaardigheden zal kunnen bijdragen aan het verlagen van het recidiverisico.

De psycholoog Van der Klaauw constateert dat er sprake is van een achterstand in de sociaal-emotionele ontwikkeling en van narcistische trekken. Daarnaast is er sprake van een cognitieve stoornis NAO. Ten tijde van het plegen van het tenlastegelegde was dit ook het geval.

Betrokkene is een ontkennende verdachte met een sterk en obsessief verlangen naar een intieme relatie. Hij is van mening dat hij geen ongeoorloofd gedrag heeft vertoond.

De vastgestelde persoonlijkheidsproblematiek (geen aansluiting vinden bij leeftijdgenoten, minderwaardigheidsgevoelens, gebrekkig empathisch vermogen, geringe zelfreflectie, afweren van negatieve gevoelens, obsessief verlangen naar een intieme relatie en onvoldoende sociaal-emotionele vaardigheden om een gelijkwaardige relatie te bewerkstelligen) heeft een rol gespeeld bij zijn gedragingen. Op grond daarvan kan betrokkene licht verminderd toerekeningsvatbaar geacht worden.

Ten aanzien van het recidiverisico is een versterkende factor het sterke verlangen naar een relatie en het onvermogen om dit in het dagelijkse leven te realiseren. Anderzijds kan het besef van de consequenties van ongeoorloofde gedragingen en de opbloei van zijn godsdienstige activiteiten remmend kunnen werken.

Het recidive risico kan beperkt worden door naast verplichte reclasseringsbegeleiding een behandeling bij een forensische polikliniek zoals Kairos op te leggen in het kader van een voorwaardelijk(e) straf(deel).

Tot slot stelt de psycholoog Pol in zijn neuropsychologisch rapport dat er in zijn onderzoek aanwijzingen naar voren zijn gekomen voor een aandachtsstoornis, een trage cognitieve verwerkingssnelheid en geheugenproblemen. Dit neuropsychologische testprofiel past bij patiënten waarbij een hersenkneuzing (na een hersentrauma bij fietsongeval in 2002) is vastgesteld. Dat uit recent neurologisch onderzoek (MRI, SPECT) geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen voor duidelijke neurologische afwijkingen is hiermee niet in tegenspraak.

Het onderhavige onderzoek wijst niet eenduidig op het bestaan van een zogeheten frontaal syndroom.

Naar de mening van deze deskundige hebben de bij betrokkene bestaande aandachtsstoornis, trage cognitieve verwerkingssnelheid en geheugenproblemen geen relatie met de hem ten laste gelegde feiten.

De rechtbank neemt deze conclusies over en maakt die tot de hare. Tot een nader neuropsychologisch onderzoek, zoals de raadsman heeft bepleit, ziet de rechtbank geen noodzaak, nu de verkregen onderzoeksresultaten consistent zijn en de rechtbank zich voldoende voorgelicht acht over de persoon van verdachte.

In het aanvullende adviesrapport van Reclassering Nederland van 1 februari 2008 wordt vermeld dat Kairos twijfels heeft of een behandeling in een ambulant kader voldoende zal zijn om het gevaar voor herhaling voldoende te bewerken en geadviseerd om een eventuele klinische behandeling als voorwaarde op te nemen bij het op te leggen reclasseringstoezicht.

De rechtbank oordeelt als volgt over dit advies. Het is niet mogelijk om, voor het geval de noodzaak tot klinische behandeling zich later mocht voordoen, thans reeds een klinische behandeling op te leggen, nu niet vaststaat of, wanneer en voor hoe lang een klinische opname noodzakelijk zou zijn en de rechter dit dient te bepalen. Verdachte heeft zich even wel ter terechtzitting bereid verklaard een klinische behandeling te ondergaan, indien een poliklinische behandeling niet zou blijken te volstaan.

Gelet op de ernst van de misdrijven en de impact daarvan op de slachtoffers acht de rechtbank de oplegging van een geheel voorwaardelijke straf, zoals door de raadsman is bepleit, volstrekt onvoldoende. De rechtbank komt tot de conclusie dat geen andere straf passend is dan een gevangenisstraf, waarvan, gezien de persoon van verdachte, een aanzienlijk gedeelte voorwaardelijk opgelegd zal worden. Als bijzondere voorwaarde zal verdachte reclasseringstoezicht worden opgelegd, waarbij hij een poliklinische behandeling bij Kairos zal dienen te ondergaan, indien dit door de reclassering noodzakelijk wordt geacht. Gelet op de houding van verdachte acht de rechtbank met de officier van justitie een proeftijd van 2 jaar voldoende en zal zij deze niet op 3 jaar bepalen, zoals door de reclassering werd geadviseerd.

De rechtbank hecht er waarde aan dat de behandeling van verdachte zo spoedig mogelijk zal aanvangen. Met het oog hierop en mede gezien de persoon van verdachte en gelet op de hoogte van straffen, opgelegd in vergelijkbare gevallen, zal de rechtbank een gevangenisstraf van kortere duur opleggen dan door de officier van justitie werd geëist.

6a. De beoordeling van de civiele vorderingen, alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel.

De benadeelde partijen hebben overeenkomstig het bepaalde in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering opgave gedaan van de inhoud van de vordering, strekkende tot vergoeding van geleden schade. De vorderingen van de benadeelde partijen zijn als volgt samengesteld:

- [slachtoffer 1] vordert een bedrag van € 72,31 ter zake van materiële schade en een voorschot van € 5.000,- ter zake van immateriële schade;
- [slachtoffer 2] vordert een bedrag van € 624,73 ter zake van materiële schade en een voorschot van € 2.000,- ter zake van immateriële schade;
- [slachtoffer 4] vordert een bedrag van € 314,12 ter zake van materiële schade en een voorschot van € 1.500,- ter zake van immateriële schade;
- [slachtoffer 5] vordert een bedrag van € 243,91 ter zake van materiële schade en een voorschot van € 1.500,- ter zake van immateriële schade;
- [slachtoffer 6] vordert een bedrag van € 4.881,11 ter zake van materiële schade;

- de en een voorschot van € 5.000,- ter zake van immateriële schade;
- [slachtoffer 8] vordert een bedrag van € 338,82 ter zake van materiële schade en een voorschot van € 3.000,- ter zake van immateriële schade.
- Tevens hebben de benadeelde partijen verzocht om vergoeding van de wettelijke rente.

Ten aanzien van de immateriële schadevergoeding:

Dat er aan de benadeelde partijen door de ten opzichte van ieder van hen gepleegde en bewezen verklaarde feiten rechtstreeks nadeel is toegebracht dat niet in vermogensschade bestaat acht de rechtbank voldoende bewezen. De omvang van dit nadeel, dat bestaat uit psychische schade, kan echter in deze strafrechtelijke procedure niet nauwkeurig worden vastgesteld. Evenmin kan worden vastgesteld welk deel van de psychische schade van de benadeelde partijen rechtstreeks door de onderhavige feiten is veroorzaakt en derhalve aan verdachte is toe te rekenen en welk deel aan andere schadeveroorzakende factoren dient te worden toegeschreven. Een dergelijke procedure leent zich niet voor nader onderzoek. Naar maatstaven van billijkheid begroot de rechtbank de psychische schade ten gevolge van het bewezen verklaarde op € 1.000,- voor [slachtoffer 1], [slachtoffer 2] en [slachtoffer 6] en € 500,- voor [slachtoffer 4], [slachtoffer 5] en [slachtoffer 8] en zal deze bedragen dan ook toewijzen.

Ten aanzien van de materiële schadevergoeding:

De omvang van de schade wordt door de rechtbank op basis van de overgelegde stukken naar redelijkheid en billijkheid begroot.

Toegewezen zal worden aan:

- [slachtoffer 1]: € 72,31 aan reis-, telefoon- en portikosten, zoals gevorderd;
- [slachtoffer 2]: € 399,- aan reis-, telefoon- en portikosten;
- [slachtoffer 4]: € 314,12,- aan reis-, parkeer-, telefoon- en portikosten, zoals gevorderd;
- [slachtoffer 5]: € 197,62 aan reis-, telefoon- en portikosten;
- [slachtoffer 6]: € 665,- aan therapie-, reis-, telefoon- en portikosten;
- [slachtoffer 8]: € 245,54 aan reis-, telefoon- en portikosten.

Niet toegekend zullen worden aan:

[slachtoffer 2]:

- een deel van de reiskosten in verband met de therapie, nu niet vaststaat welk gedeelte van haar klachten tot de onderhavige feiten te herleiden zijn en dus rechtstreeks aan verdachte toegerekend kunnen worden.

[slachtoffer 5] en [slachtoffer 8]:

- het gedeelte van de vordering dat bestaat uit vergoeding van reiskosten naar Ede vanwege het bezoeken van verdachte.

[slachtoffer 6]:

- een deel van de kosten van de therapie en de daarmee samenhangende reiskosten, nu niet vast staat welk gedeelte van haar klachten tot de onderhavige feiten te herleiden zijn en dus rechtstreeks aan verdachte toegerekend kunnen worden;
- de kosten voor toekomstige therapie en de daarmee samenhangende reiskosten, aangezien niet vaststaat dat deze kosten zullen worden gemaakt;
- de kosten van het treinabonnement voor school, nu ook deze niet rechtstreeks toegerekend kunnen worden aan verdachte.

De vorderingen zijn voor zover zij strekken tot vergoeding van een hoger bedrag wegens materiële en immateriële schade niet van eenvoudige aard zodat de benadeelde partijen in zoverre niet-ontvankelijk zijn en de vorderingen slechts bij de burgerlijke rechter kunnen worden aangebracht.

De rechtbank zal de wettelijke rente over de toegewezen bedragen toekennen vanaf 27 juni 2008.

De rechtbank zal tevens de schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht toepassen en dus verdachte de verplichting opleggen bedragen, gelijk aan de door de rechtbank toe te wijzen schadebedragen, aan de Staat te betalen ten behoeve van de benadeelde partijen.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 36f, 57, 91, 240b, 246, 248a, 284 van het Wetboek van Strafrecht en de artikelen 13 en 55 van de Wet wapens en munitie.

8. De beslissing

De rechtbank, rechtdoende:

Verklaart bewezen dat verdachte het tenlastegelegde, zoals vermeld onder punt 3, heeft begaan.

Spreekt verdachte vrij van het onder 4 primair tenlastegelegde feit in de zaak met parketnummer 05/950380-06.

Verstaat dat het aldus bewezenverklaarde oplevert de strafbare feiten zoals vermeld onder punt 4.

Verklaart verdachte hiervoor strafbaar.

Veroordeelt verdachte wegens het bewezenverklaarde tot

Een gevangenisstraf voor de duur van 24 (vierentwintig) maanden.

Bepaalt dat van deze gevangenisstraf 8 (acht) maanden niet ten uitvoer zullen worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten.

Beveelt overeenkomstig het bepaalde in artikel 27 van het Wetboek van Strafrecht dat de tijd, door de veroordeelde voor de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht, geheel in mindering zal worden gebracht.

De tenuitvoerlegging kan worden gelast indien de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd van 2 (twee) jaren heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit dan wel navolgende bijzondere voorwaarde niet is nagekomen:

Veroordeelde dient zich gedurende de proeftijd te gedragen naar de voorschriften en aanwijzingen die hem door of namens de (stichting) Reclassering Nederland zullen worden gegeven, ook indien dit zal inhouden het volgen van een ambulante behandeling bij Kairos of een andere vergelijkbare instelling, voor zover en voor zolang dat door genoemde instelling nodig wordt geacht.

Geeft opdracht aan de (stichting) Reclassering Nederland om aan veroordeelde bij de naleving van voornoemde voorwaarde hulp en steun te verlenen.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 1]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 1] wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 1.072,31 (zegge eenduizendtweeënzeventig euro en eenendertig eurocent), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 1.072,31 subsidiair 21 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 1], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 1.072,31 (eenduizendtweeënzeventig euro en eenendertig eurocent), bij gebreke van volledige betaling en volledig verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 21 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 6]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 6], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 1665,- (zegge zestienhonderdvijfenzestig euro), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 1665, subsidiair 33 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 6], wonende te [adres], te betalen € 1665, (zegge zestienhonderdvijfenzestig euro), bij gebreke van volledige betaling en volledig

verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 33 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 8]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 8] wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 745,54 (zegge zevenhonderdvijfenveertig euro en vierenvijftig eurocent), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 745,54, subsidiair 14 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 8], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 745,54 (zegge zevenhonderdvijfenveertig euro en vierenvijftig eurocent), bij gebreke van volledige betaling en volledig verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 14 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 4]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 4] wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 814,12 (zegge achthonderdveertien euro en twaalf eurocent), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 814,12 subsidiair 16 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 4], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 814,12 (zegge achthonderdveertien euro en twaalf eurocent), bij gebreke van volledige betaling en volledig verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 16 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 2]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 2] wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 1.399,- (zegge dertienhonderdnegenennegentig euro), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 1.399,- subsidiair 27 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 2], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 1.399,- (zegge dertienhonderdneennegentig euro), bij gebreke van volledige betaling en volledig verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 27 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

De beslissing op de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 5]

Wijst de vordering van de benadeelde partij ten dele toe.

- Veroordeelt de veroordeelde tegen kwijting aan [slachtoffer 5] wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 697,62 (zegge zeshonderdzevenennegentig euro en tweeënzestig eurocent), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 juni 2008 tot aan de dag der algehele voldoening.

Maatregel van schadevergoeding ad € 697,62, subsidiair 13 dagen hechtenis.

- Legt op aan veroordeelde de verplichting aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 5], wonende te [adres], [woonplaats], te betalen € 697,62, (zegge zeshonderdzevenennegentig euro en tweeënzestig eurocent), bij gebreke van volledige betaling en volledig verhaal te vervangen door hechtenis voor de duur van 13 dagen, met dien verstande dat de toepassing van de vervangende hechtenis de hiervoor opgelegde verplichting niet opheft.

Veroordeelt veroordeelde tevens in de kosten gemaakt door de benadeelde partij, tot op heden begroot op nihil en in de kosten ten behoeve van de tenuitvoerlegging van deze uitspraak nog te maken.

Verklaart de benadeelde partijen voor het overige niet ontvankelijk in hun vordering.

Bepaalt dat indien en voor zover veroordeelde heeft voldaan aan de verplichting tot betaling aan de Staat van bovenvermelde bedragen, de verplichting om te voldoen aan de vorderingen van de benadeelde partijen in zoverre komen te vervallen en indien en voor zover veroordeelde aan de vorderingen van de benadeelde partijen heeft voldaan, de verplichtingen tot betaling aan de Staat in zoverre komen te vervallen.

Aldus gewezen door:

mr. C. Lely-Van Goch, vicepresident, als voorzitter,
mr. A.M. van Gorp, rechter,
mr. H.T. Wagenaar, rechter,
in tegenwoordigheid van mr. A.F. Hof, griffier,

en uitgesproken ter openbare terechtzitting van deze rechtbank op 27 juni 2008.

HR 1 juli 2008
Afbeeldingen van een seksuele gedraging
LJN-nummer BC8645

Kinderporno, art. 240b Sr., art. 261 Sv

Aan de term “afbeelding van een seksuele gedraging”, die in de tenlastelegging kennelijk is gebezigd in de zin van art. 240b Sr, komt op zichzelf onvoldoende feitelijke betekenis toe. De Aanwijzing kinderpornografie van het College van Procureurs-Generaal van 30 juli 2007 (Stcrt. 2007, 162) stelt daarom “dat ofwel een nadere omschrijving van de gedraging vereist is, ofwel de afbeelding(en) opgenomen (“geïnsereerd”) dient/dienen te worden in de tenlastelegging. Film- en videomateriaal kunnen geen onderdeel uitmaken van de tenlastelegging. Om ook in het vervolgingsstadium ieder risico van verspreiding van kinderpornografische afbeeldingen uit te sluiten, dient geen gebruik gemaakt te worden van de mogelijkheid kinderpornografische afbeeldingen in de tenlastelegging op te nemen. In de tenlastelegging dient, naast een algemene beschrijving, een selectie van de aangetroffen afbeeldingen omschreven te worden, tot een maximum van 25 afbeeldingen. De selectie dient in ieder geval plaatjes uit de prioriteitenlijst te bevatten én een algemeen beeld van de collectie te geven. Zonodig kunnen film- en videomateriaal en afbeeldingen ter zitting als stuk van overtuiging getoond worden.”

I.c. wordt bewezenverklaring door het Hof gebaseerd op relaas van opsporingsambtenaar, dat niets inhoudt omtrent de wijze waarop de verbalisant is gekomen tot zijn bevinding dat de afbeeldingen voldeden aan “de criteria voor overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht” en zijn bevindingen ten aanzien van de leeftijd van de afgebeelde kinderen. De gerelateerde omstandigheid dat “vrijwel alle kinderpornografische afbeeldingen, op één na, bekend [bleken] in de Landelijke Database kinderpornografie” maakt dat niet anders, nu de bewijsvoering niets inhoudt omtrent de status van die Database en de criteria die worden aangelegd bij de opneming van afbeeldingen in die Database. Conclusie: het bewezenverklaarde kan niet zonder meer volgen uit dit relaas van de verbalisant.

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, van 14 november 2006, nummer 22/002857-06, in de strafzaak tegen:
[Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1956, wonende te [woonplaats].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Politie-rechter in de Rechtbank te 's-Gravenhage van 3 mei 2006 – de verdachte ter zake van “een gegevensdrager, bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken, in bezit hebben, meermalen gepleegd” veroordeeld tot een taakstraf in de vorm van een werkstraf voor de duur van 120 uren, subsidiair zestig dagen hechtenis alsmede een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één maand met een proeftijd van twee jaren met verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer zoals in het arrest omschreven.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. M.P. de Witte, advocaat te 's-Gravenhage, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De Advocaat-Generaal Vellinga heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

3. Tenlastelegging, bewezenverklaring en bewijsvoering

3.1. Overeenkomstig hetgeen de verdachte bij inleidende dagvaarding is tenlastegelegd heeft het Hof bewezenverklaard dat:

“hij op één of meer tijdstip(pen) in de periode van 01 maart 2004 tot en met 16 juni 2004 te Wateringen, gemeente Westland, meermalen een gegevensdrager, bevattende 299 afbeeldingen van seksuele gedragingen, te weten onder meer:

– een naakt meisje van een jaar of tien ligt op haar rug op een handdoek op de vloer. Bij een man steekt zijn stijve penis door zijn geopende gulp naar buiten en hij duwt zijn stijve penis in de vagina van het voor hem liggende meisje en – volwassen man met naakt onderlichaam Hij heeft een erectie. Op zijn kruis zit een naakt meisje van veertien jaar. De stijve penis van de man is een eindje in de vagina van het meisje geduwd, bij welke vorenbedoelde afbeeldingen telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken, in bezit heeft gehad.”

3.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

- a. een proces-verbaal van politie, opgemaakt door de opsporingsambtenaar [verbalisant 1], voor zover inhoudende als relaas van de verbalisant:

“Op 4 maart 2004 bevond ik mij op het openbaar toegankelijk gedeelte van internet. Ik zag dat daar een gebruiker vanaf het ip-adres [001] onder de naam

[...]@fileshare 372 bestanden aanbod, waarbij in een groot aantal gevallen, gelet op de gebruikte bestandsnamen en sleutelwoorden, mogelijk sprake was van kinderporno. Ik heb van deze bestanden 327 bestanden geselecteerd voor download. Ik zag toen dat van deze 327 geselecteerde bestanden er bij 53 bestanden zeer vermoedelijk sprake was van kinderporno.”

- b. een brief van CAI Westland van 10 maart 2004, ondertekend door [verbalisant 2], Afdeling Internetmisbruik, voor zover inhoudende:

“Het in het verzoek genoemde IP-adres [001] en datum en tijd, 4 maart 2004, 12.00 tot 14:15 GMT+0100, behoort volgens onze administratie bij de sessie onder de loginnaam ‘[naam]’.
Factuuradres: [a-straat 1], [plaats].”

- c. een proces-verbaal van politie, voor zover inhoudende als verklaring van de verdachte:

“Ik heb de computer die bij mij in beslag is genomen zo’n 2 à 3 jaar in mijn bezit. Ik download er eigenlijk alleen porno mee. Ik zag dat er ook kinderporno op de computer stond. U zegt mij dat er gericht is gezocht naar kinderporno met Kazaa. Ik heb wel eens sites bezocht uit interesse. Ik kijk niet specifiek naar kinderporno, maar als het toevallig in een rijtje met namen staat dan klik ik het zeker aan.”

- d. de verklaring van de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg, voor zover inhoudende:

“Ik heb meerdere afbeeldingen van kinderporno-grafie in mijn bezit gehad.”

- e. de verklaring van de getuige [getuige 1] ter terechtzitting in hoger beroep, voor zover inhoudende:

“Mijn vader heeft nadat hij had ontdekt dat er kinderporno op de computer stond mij gevraagd alle onbekende bestanden te verwijderen en zijn bestanden te bewaren. Ik heb geprobeerd zoveel mogelijk te verwijderen. Ik heb de verwijderde bestanden op cd-roms weggeschreven, in totaal op vijf cd-roms.”

- f. een proces-verbaal van de Rechter-Commissaris, voor zover inhoudende als diens relaas:

“Op 16 juni 2004 is een doorzoeking ter inbeslagname gedaan in de woning gelegen te [plaats], [a-straat 1]. Tijdens de doorzoeking zijn voorwerpen in beslaggenomen. Deze voorwerpen zijn vermeld op een aan dit proces verbaal gehechte lijst (bijlage 1).

Ontvangstbewijs; lijstnummer 1; op 16 juni 2004 zijn in beslag genomen op

het adres [a-straat 1] te [plaats] de op de lijst nr. 1 vermelde voorwerpen 1 en 2, te weten 10 cd rom's en een systeemkast Packard Bell."

- g. een proces-verbaal van politie, opgemaakt door de opsporingsambtenaren [verbalisant 3] en [verbalisant 4], voor zover inhoudende als relaas van de verbalisanten:

"Op 16 juni 2004 werd op het adres [a-straat 1] te [plaats], een doorzoeking verricht. Een computersysteemkast, merk Packard Bell, werd in beslag genomen. Bij het onderzoek van de harde schijf van de computer, merk Packard Bell, werden pornografische- /erotische grafische afbeeldingen en video/film-bestanden aangetroffen. Deze afbeeldingen zijn weggeschreven naar een DVD schijf."

- h. een proces-verbaal van politie, opgemaakt door de opsporingsambtenaar [verbalisant 5], voor zover inhoudende als relaas van de verbalisant:

"Tijdens de doorzoeking was [verdachte] aanwezig. Hij verklaarde eigenaar te zijn van de computer en de cd-roms.

De door de rechter-commissaris inbeslaggenomen cd-roms, 10 stuks, zijn onderzocht op kinderpornografisch materiaal beeldmateriaal. Uit onderzoek bleek dat op 5 cd-roms kinderpornografisch beeldmateriaal stond. Hierop werden deze 5 cd-roms overgedragen aan het Korps Landelijk Politie Diensten voor analyse.

De door de rechter-commissaris inbeslaggenomen systeemkast, is onderzocht door het bureau Digitale Expertise van het Regio Korps Haaglanden. Op 1 oktober 2004 bleek uit het onderzoek dat er in de systeemkast diverse pornografische afbeeldingen stonden, waaronder ook kinderpornografische afbeeldingen. Vervolgens zijn deze afbeeldingen eveneens overgedragen aan het Korps Landelijke Politie Diensten voor analyse."

- i. een proces-verbaal van politie, opgemaakt door de opsporingsambtenaar [verbalisant 6], voor zover inhoudende als relaas van de verbalisant:

"In november 2004 ontving ik vier DVD's en vijf cd rom's uit het onderzoek tegen de verdachte [naam] met het verzoek de beeldfiles te analyseren.

Aangeleverde materiaal:

De vier DVD's en vijf cd rom's bleken te zijn onderverdeeld in één of meer folders, die vrijwel allemaal beeldfiles (afbeeldingen en/of filmfiles) bleken te bevatten in de meest op computers voorkomende beeldformaten.

Analyse:

DVD en cd rom indeling en hoeveelheden (kinderpornografische) beeldfiles per folder:

DVD 1: /My downloads 113 beeldfiles 22 kinderporno

DVD 2: /bestaande MG bestanden

185 beeldfiles 8 kinderporno/My shared folder 104 “14”

DVD 3: /Encase Rapport Film

208 beeldfiles36 kinderporno

DVD 4: /Downbad DAT bestanden

96 beeldfiles19 kinderpornoCd-rom 1: 212 beeldfiles91 kinderporno

Cd-rom 2: 47 beeldfiles24 kinderporno

Cd-rom 3: 46 beeldfiles12 kinderporno

Cd-rom 4: 69 beeldfiles36 kinderporno

Cd-rom 5: 46 beeldfiles37 kinderporno

Op de ter analyse aangeboden beeld dragers werden in totaal 3924 beeldfiles aangetroffen. Hiervan bleken er 314 te voldoen aan de criteria voor overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. De kinderpornografische beeldfiles bleken in hoofdzaak beeldfiles met jonge meisjes die seksuele handelingen plegen of ondergaan van volwassenen. De leeftijd van de meisjes varieert tussen de vijf tot zes en dertien tot veertien jaar.

Vrijwel alle kinderpornografische beeldfiles bleken bekend in de Landelijke Database kinderpornografie en zijn via het internet verkrijgbaar. Er werd één kinderpornografische beeldfile (afbeelding) aangetroffen die niet bekend bleek in de Landelijke Database kinderpornografie. Dat is de afbeelding 0394. Afbeelding 0394: een naakt meisje van een jaar of tien dat op haar rug op een handdoek op de vloer ligt. Tussen haar benen knielt een volwassen man met een dikke buik. Zijn stijve penis steekt door zijn gulp naar buiten en hij duwt zijn stijve penis in de vagina van het voor hem liggende meisje.

Afbeelding 0794: Naakte volwassen man ligt op zijn rug op bed. Hij heeft een erectie. Op zijn kruis zit een naakt meisje van veertien jaar. De stijve penis van de man is een eindje in de vagina van het meisje geduwd.”

3.3. 's Hof's “nadere bewijsoverwegingen” houden het volgende in:

“Het hof leidt het totaal aantal bewezenverklaarde afbeeldingen, te weten 299, af uit het navolgende. Op de aan het Korps landelijke politiediensten aangeboden DVD's en CD-roms zijn in totaal 309 kinderpornografische beeldfiles aangetroffen. Hieronder bevinden zich 10 zogenaamde unallocated clusters, die eerder gewist zijn en waarvan niet meer is vast te stellen wanneer deze op de harde schijf zijn geplaatst. Deze 10 clusters heeft het hof niet in zijn oordeel betrokken.”

4. Beoordeling van het derde middel

4.1. Het middel klaagt dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat het bij de 299 in de bewezenverklaring genoemde afbeeldingen – afgezien van de twee daar nader omschreven afbeeldingen – om “kinderporno” ging, althans dat onduidelijk is hoe het Hof heeft kunnen oordelen dat alle afbeeldingen onder het bereik van art. 240b, eerste lid, Sr vallen.

4.2.1. Bij inleidende dagvaarding is aan de verdachte tenlastegelegd het in het bezit hebben van gegevensdragers bevattende “299 afbeeldingen van seksuele gedragingen (...) bij welke vorenbedoelde afbeeldingen [de Hoge Raad leest: gedragingen] telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken”.

4.2.2. Aan de term “afbeelding van een seksuele gedraging”, die in de tenlastelegging kennelijk is gebezigd in de zin van art. 240b Sr, komt op zichzelf onvoldoende feitelijke betekenis toe (vgl. HR 21 april 1998, LJN ZD1030, NJ 1998, 782). Behoudens de twee in de tenlastelegging feitelijk omschreven afbeeldingen, voldoet de inleidende dagvaarding dus niet aan de in art. 261 Sv gestelde eis van opgave van het feit. Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt echter niet in dat daarop door de verdachte aldaar een beroep is gedaan. Ook het middel klaagt er niet over.

4.2.3. In dit verband verdient de opmerking dat de op 1 september 2003 in werking getreden en op 1 september 2007 vervallen Aanwijzing kinderpornografie van het College van Procureurs-Generaal van 13 augustus 2003 (Stcrt. 2003, 168) en de op 1 september 2007 in werking getreden Aanwijzing kinderpornografie van 30 juli 2007 (Stcrt. 2007, 162) onder het hoofd “Tenlastelegging” onder meer het volgende inhouden:

“De Hoge Raad is van oordeel (21 april 1998, NJB 1998, 81/NJ 1998, 782) dat aan de term “afbeelding van een seksuele gedraging” op zichzelf onvoldoende feitelijke betekenis toekomt. Dit betekent dat ofwel een nadere omschrijving van de gedraging vereist is, ofwel de afbeelding(en) opgenomen (“geïnsereerd”) dient/dienen te worden in de tenlastelegging. Film- en videomateriaal kunnen geen onderdeel uitmaken van de tenlastelegging.

Om ook in het vervolgingsstadium ieder risico van verspreiding van kinderpornografische afbeeldingen uit te sluiten, dient geen gebruik gemaakt te worden van de mogelijkheid kinderpornografische afbeeldingen in de tenlastelegging op te nemen. In de tenlastelegging dient, naast een algemene beschrijving, een selectie van de aangetroffen afbeeldingen omschreven te worden, tot een maximum van 25 afbeeldingen. De selectie dient in ieder geval plaatjes uit de prioriteitenlijst te bevatten én een algemeen beeld van de collectie te geven. Zonodig kunnen film- en videomateriaal en afbeeldingen ter zitting als stuk van overtuiging getoond worden.”

4.3. De gebezigde bewijsmiddelen houden – voor zover voor de beoordeling van het middel van belang – in:

- dat bij eerste onderzoek werd gezien dat bij 53 van de 327 geselecteerde bestanden zeer vermoedelijk sprake was van kinderporno,
- dat de verdachte met zijn computer eigenlijk alleen porno downloadt, waaronder kinderporno en dat hij had gezien dat er kinderporno op zijn computer stond,

- dat bij onderzoek van de harde schijf van de computer pornografische-/erotische grafische afbeeldingen en video/filmbestanden werden aangetroffen die zijn weggeschreven naar een DVD-schijf,
- dat uit onderzoek aan de cd-roms bleek dat op 5 cd-roms kinderpornografisch beeldmateriaal stond,
- dat bij onderzoek bleek dat op de harde schijf van de computer diverse pornografische waaronder ook kinderpornografische afbeeldingen stonden,
- dat de onderzochte DVD's en cd-rom's in totaal 299 beeldfiles bevatten met kinderporno die voldeden aan de criteria voor overtreding van art. 240b Sr aangezien zij in hoofdzaak bestonden uit beeldfiles van meisjes wier leeftijd varieert tussen de vijf tot zes en dertien tot veertien jaar, die seksuele handelingen plegen met of ondergaan van volwassenen, en dat – afgezien van één beeldfile – al deze kinderpornografische beeldfiles bekend waren in de Landelijke Database kinderpornografie,
- dat evenbedoeld onderzoek blijkt het daarvan opgemaakte proces-verbaal is uitgevoerd door [verbalisant 6], inspecteur van politie, dienstdoende bij het Team Kinderpornografie en Pedoseksuele Misdrijven van het Korps Landelijke Politiediensten.

4.4. Dat, zoals is bewezenverklaard, de gegevensdragers 299 afbeeldingen bevatten van seksuele gedragingen waarbij telkens een persoon was betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, heeft het Hof kennelijk onder meer afgeleid uit het hiervoor onder 3.2 sub i weergegeven relaas van de opsporingsambtenaar [verbalisant 6]. Dat relaas houdt in dat 299 van de onderzochte beeldfiles kinderporno bleken te bevatten, dat 314 beeldfiles voldeden aan “de criteria voor overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht”, en dat zij in hoofdzaak bleken te bestaan uit beeldfiles met meisjes wier leeftijd varieert tussen de vijf tot zes en dertien tot veertien jaar die seksuele handelingen plegen met of ondergaan van volwassenen. Bedoeld relaas houdt echter – op twee afbeeldingen na – niets in omtrent de wijze waarop de verbalisant [verbalisant 6] is gekomen tot zijn bevinding dat de afbeeldingen voldeden aan “de criteria voor overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht” en zijn bevindingen ten aanzien van de leeftijd van de afgebeelde kinderen. De gerelateerde omstandigheid dat “vrijwel alle kinderpornografische afbeeldingen, op één na, bekend [bleken] in de Landelijke Database kinderpornografie” maakt dat niet anders, nu de bewijsvoering niets inhoudt omtrent de status van die Database en de criteria die worden aangelegd bij de opneming van afbeeldingen in die Database. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat uit de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen wel kan worden afgeleid dat de verdachte heeft erkend dat hij – kort gezegd – kinderpornografie in zijn bezit heeft gehad, doch niet dat die erkenning betrekking heeft op alle 299 in de tenlastelegging bedoelde afbeeldingen, kan het bewezenverklaarde (afgezien van evenbedoelde twee nader omschreven afbeeldingen) niet zonder meer volgen uit het relaas van de verbalisant [verbalisant 6].

4.5. Voor zover het middel hierover klaagt, is het terecht voorgesteld.

5. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven, de middelen voor het overige geen bespreking behoeven en als volgt moet worden beslist.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;
wijst de zaak terug naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.H. Koster als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. van Dorst, B.C. Savornin Lohman, J.W. IJssink en H.A.G. Splinter-van Kan, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 1 juli 2008.

CONCLUSIE

Nr. 00507/07

Mr. Vellinga

Zitting: 1 april 2008

Conclusie inzake:

[Verdachte]

1. Verdachte is door het Gerechtshof te 's-Gravenhage wegens “een gegevensdrager, bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken, in bezit hebben, meermalen gepleegd” veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één maand en een taakstraf in de vorm van een werkstraf voor de duur van 120 uur, subsidiair 60 hechtenis. Voorts heeft het Hof voorwerpen verbeurd verklaard en aan het verkeer onttrokken verklaard als in het arrest omschreven.

2. Namens verdachte heeft mr. M.P. de Witte, advocaat te Den Haag, drie middelen van cassatie voorgesteld.

3. Het Hof heeft ten laste van verdachte bewezenverklaard dat:
hij op één of meer tijdstip(pen) in de periode van 01 maart 2004 tot en met 16 juni 2004 te Wateringen, gemeente Westland, meermalen een gegevensdrager, bevattende 299 afbeeldingen van seksuele gedragingen, te weten onder meer:

- een naakt meisje van een jaar of tien ligt op haar rug op een handdoek op de vloer. Bij een man steekt zijn stijve penis door zijn geopende gulp naar buiten en hij duwt zijn stijve penis in de vagina van het voor hem liggende meisje en
- volwassen man met naakt onderlichaam Hij heeft een erectie. Op zijn kruis zit een naakt meisje van veertien jaar. De stijve penis van de man is een eindje in de vagina van het meisje geduwd,

bij welke vorenbedoelde afbeeldingen telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken, in bezit heeft gehad

4. Deze bewezenverklaring berust op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Het proces-verbaal van het Korps landelijke politiediensten, nr. 05032004-1474 d.d. 11 maart 2004, (als bijlage gevoegd bij het hoofdproces-verbaal van Politie Haaglanden nr. PL15J1/2004/824), p. 20 e.v., opgemaakt in de wettelijke vorm door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 1]. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaar:

Op 4 maart 2004 bevond ik mij op het openbaar toegankelijk gedeelte van internet. Ik zag dat daar een gebruiker vanaf het ip-adres [001] onder de naam [...]@fileshare 372 bestanden aanbood, waarbij in een groot aantal gevallen, gelet op de gebruikte bestandsnamen en sleutelwoorden, mogelijk sprake was van kinderporno. Ik heb van deze bestanden 327 bestanden geselecteerd voor download. Ik zag toen dat van deze 327 geselecteerde bestanden er bij 53 bestanden zeer vermoedelijk sprake was van kinderporno.

2. Een geschrift, zijnde een brief van CAI Westland d.d. 10 maart 2004, ondertekend door [verbalisant 2], Afdeling Internetmisbruik. Het houdt onder meer in –zakelijk weergegeven –:

Het in het verzoek genoemde IP-adres [001] en datum en tijd, 4 maart 2004, 12.00 tot 14:15 GMT+0100, behoort volgens onze administratie bij de sessie onder de loginnaam '[naam]’.

Factuuradres: [a-straat 1], [plaats].

3. Het proces-verbaal van de politie Haaglanden, nr. PL15J1/2004/824-6, d.d. 7 december 2004, opgemaakt in de wettelijke vorm door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 7] en [verbalisant 5]. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als de op 7 december 2004 tegenover deze opsporingsambtenaren afgelegde verklaring van de verdachte:

Ik heb de computer die bij mij in beslag is genomen zo'n 2 a 3 jaar in mijn bezit. Ik download er eigenlijk alleen porno mee. Ik zag dat er ook kinderporno op de computer stond. U zegt mij dat er gericht is gezocht naar kinderporno met Kazaa. Ik heb wel eens sites bezocht uit interesse. Ik kijk niet specifiek naar kinderporno, maar als het toevallig in een rijtje met namen staat dan klik ik het zeker aan.

4. De verklaring van de verdachte.

De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg van 3 mei 2006 verklaard – zakelijk weergegeven –:

Ik heb meerdere afbeeldingen van kinderpornografie in mijn bezit gehad.

5. De verklaring van de getuige [getuige 1].

Deze getuige heeft ter terechtzitting in hoger beroep van 31 oktober 2006 verklaard – zakelijk weergegeven –:

Mijn vader heeft nadat hij had ontdekt dat er kinderporno op de computer stond mij gevraagd alle onbekende bestanden te verwijderen en zijn bestanden te bewaren. Ik heb geprobeerd zoveel mogelijk te verwijderen. Ik heb de verwijderde bestanden op cd-roms weggeschreven, in totaal op vijf cd-roms.

6. Het proces-verbaal van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken in de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage van 17 juni 2004. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

Op 16 juni 2004 is een doorzoeking ter inbeslagname gedaan in de woning gelegen te [plaats], [a-straat 1]. Tijdens de doorzoeking zijn voorwerpen in beslaggenomen. Deze voorwerpen zijn vermeld op een aan dit proces verbaal gehechte lijst (bijlage 1).

Ontvangstbewijs; lijstnummer 1; op 16 juni 2004 zijn in beslag genomen op het adres [a-straat 1] te [plaats] de op de lijst nr. 1 vermelde voorwerpen 1 en 2, te weten 10 cd rom's en een systeemkast Packard Bell.

7. Het proces-verbaal van de Politie Haaglanden, Ploeg Digitale Expertise Haaglanden, Zaaknummer PDE: 156_2004, d.d. 1 oktober 2004, (behorende bij het hoofdproces-verbaal van Politie Haaglanden nr. 15J1/2004/824), p.45 e.v., opgemaakt in de wettelijke vorm door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 3] en [verbalisant 4]. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaren:

Op 16 juni 2004 werd op het adres [a-straat 1] te [plaats], een doorzoeking verricht. Een computersysteemkast, merk Packard Bell, werd in beslag genomen. Bij het onderzoek van de harde schijf van de computer, merk Packard Bell, werden pornografische- /erotische grafische afbeeldingen en video/filmbestanden aangetroffen. Deze afbeeldingen zijn weggeschreven naar een DVD schijf.

8. Het overzichtsproces-verbaal van de Politie Haaglanden d.d. 14 december 2004, nr. PL15J1/2004/824, p. 5, opgemaakt in de wettelijke vorm door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 5]. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaar:

Tijdens de doorzoeking was [verdachte] aanwezig. Hij verklaarde eigenaar te zijn van de computer en de cd-roms.

De door de rechter-commissaris inbeslaggenomen cd-roms, 10 stuks, zijn onderzocht op kinderpornografisch materiaal beeldmateriaal. Uit onderzoek bleek dat op 5 cd-roms kinderpornografisch beeldmateriaal stond. Hierop werden deze 5 cd-roms overgedragen aan het Korps Landelijk Politie Diensten voor analyse.

De door de rechter-commissaris inbeslaggenomen systeemkast, is onderzocht door het bureau Digitale Expertise van het Regio Korps Haaglanden. Op 1 oktober 2004 bleek uit het onderzoek dat er in de systeemkast diverse pornografische afbeeldingen stonden, waaronder ook kinderpornografische afbeeldingen. Vervolgens zijn deze afbeeldingen eveneens overgedragen aan het Korps Landelijke Politie Diensten voor analyse.

9. Het proces-verbaal van het Korps landelijke politiediensten, nr. 311/MZ/2004, d.d. 29 november 2004, (als bijlage gevoegd bij het hoofdproces-verbaal van Politie Haaglanden d.d. 11 maart 2004, nr. PL15J1/2004/824), p. 61 e.v., opgemaakt in de wettelijke vorm door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 6]. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

In november 2004 ontving ik vier DVD's en vijf cd rom's uit het onderzoek tegen de verdachte [naam] met het verzoek de beeldfiles te analyseren.

Aangeleverde materiaal:

De vier DVD's en vijf cd rom's bleken te zijn onderverdeeld in één of meer folders, die vrijwel allemaal beeldfiles (afbeeldingen en/of filmfiles) bleken te bevatten in de meest op computers voorkomende beeldformaten.

Analyse:

DVD en cd rom indeling en hoeveelheden (kinderpornografische) beeldfiles per folder:

DVD 1:

/My downloads 113 beeldfiles 22 kinderporno

DVD 2:

/bestaande MG bestanden 185 beeldfiles 8 kinderporno

/My shared folder 104 "14"

DVD 3:

/Encase Rapport Film 208 beeldfiles 36 kinderporno

DVD 4:

/Downbad DAT bestanden 96 beeldfiles 19 kinderporno

Cd-rom 1: 212 beeldfiles 91 kinderporno

Cd-rom 2: 47 beeldfiles 24 kinderporno

Cd-rom 3: 46 beeldfiles 12 kinderporno

Cd-rom 4: 69 beeldfiles 36 kinderporno

Cd-rom 5: 46 beeldfiles 37 kinderporno

Op de ter analyse aangeboden beeld dragers werden in totaal 3924 beeldfiles aangetroffen. Hiervan bleken er 314 te voldoen aan de criteria voor overtreding van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. De kinderpornografische beeldfiles bleken in hoofdzaak beeldfiles met jonge meisjes die seksuele handelingen plegen of ondergaan van volwassenen. De leeftijd van de meisjes varieert tussen de vijf tot zes en dertien tot veertien jaar.

Vrijwel alle kinderpornografische beeldfiles bleken bekend in de Landelijke Database kinderpornografie en zijn via het internet verkrijgbaar. Er werd één kinderpornografische beeldfile (afbeelding) aangetroffen die niet bekend bleek in de Landelijke Database kinderpornografie. Dat is de afbeelding 0394.

Afbeelding 0394: een naakt meisje van een jaar of tien dat op haar rug op een handdoek op de vloer ligt. Tussen haar benen knielt een volwassen man met een dikke buik. Zijn stijve penis steekt door zijn gulp naar buiten en hij duwt zijn stijve penis in de vagina van het voor hem liggende meisje.

Afbeelding 0794: Naakte volwassen man ligt op zijn rug op bed. Hij heeft een erectie. Op zijn kruis zit een naakt meisje van veertien jaar. De stijve penis van de man is een eindje in de vagina van het meisje geduwd.

Het geschrift is gebruikt in samenhang met de inhoud van andere bewijsmiddelen, die op hetzelfde feit betrekking hebben.

Nadere bewijsoverwegingen

Het hof leidt het totaal aantal bewezenverklaarde afbeeldingen, te weten 299, af uit het navolgende. Op de aan het Korps landelijke politiediensten aangeboden DVD's en CD-roms zijn in totaal 309 kinderpornografische beeldfiles aangetroffen. Hieronder bevinden zich 10 zogenaamde unallocated clusters, die eerder gewist zijn en waarvan niet meer is vast te stellen wanneer deze op de harde schijf zijn geplaatst. Deze 10 clusters heeft het hof niet in zijn oordeel betrokken."

5. Het eerste middel klaagt dat het voor bezit vereiste opzet niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid, het tweede middel dat een ter zake van dat opzet uitdrukkelijk onderbouwd standpunt door het Hof niet gemotiveerd is weerlegd.
6. In de toelichting op de middelen wordt gesteld dat verdachtes verweer er op neerkomt dat hij, toen hij bemerkte dat er kinderporno op zijn computer stond, actie heeft ondernomen om dit te verwijderen.
7. Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de verdachte verklaard – zakelijk weergegeven –:

"Ik heb twee getuigen meegenomen omdat zij nadere uitleg kunnen geven omtrent de mij tenlastegelegde feiten. U houdt mij voor het proces-verbaal van het Korps Landelijke Politiediensten d.d. 29 november 2004, de verklaring die ik bij de politie heb afgelegd en de verklaring die ik in eerste aanleg bij de rechtbank heb afgelegd. Ik heb niet gezegd dat als kinderporno toevallig in het rijtje staat dat ik het dan zeker aanklik uit nieuwsgierigheid. Ik heb ook niet bij de rechtbank gezegd dat ik meerdere afbeeldingen van kinderpornografie in mijn bezit heb gehad. Destijds waren er aannemers in huis; iedereen kon achter de computer gaan zitten om kinderporno te downloaden. U houdt mij nogmaals voor dat ik zelf heb verklaard kinderporno in bezit te hebben gehad dus dat het niet uitmaakt wie er allemaal bij de computer konden komen. Maar als ik kinderporno had gedownload, dan had ik toch niet de provider, CAI-Westland, gebeld? Dit laatste heb ik gedaan omdat ik me verantwoordelijk voelde voor hetgeen op de computer stond. De provider antwoordde echter dat ze hier niets aan konden doen. U houdt mij voor dat ik bij de politie heb bevestigd dat ik gericht heb gezocht naar kinderporno. Dat is niet waar, ik heb dat niet zo gezegd. De aangetroffen CD-rom met kinderporno is niet met die opzet gebrand."

Een van de door de verdachte bedoelde getuigen heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat zij er niet in is geslaagd aan verdachtes verzoek de kinderporno van diens harde schijf te verwijderen te voldoen. Van het horen van de

andere, door de verdachte meegebrachte getuige is met toestemming van de verdachtes en de Advocaat-Generaal bij het Hof afgezien.

8. Het Hof heeft in hetgeen de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep naar voren heeft gebracht kennelijk geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van art. 359, tweede lid, tweede volzin, Sv gezien ter zake van het bewijs van het opzet. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Voor een ander oordeel is verdachtes ontkenning van zijn aanvankelijke bekentenis onvoldoende onderbouwd om van een door argumenten geschraagd¹ standpunt te kunnen spreken.

9. De onder 3 en 4 als bewijsmiddel gebezigde verklaringen van de verdachte houden in dat de kinderpornografische afbeeldingen allesbehalve per ongeluk op de harde schijf van verdachtes computer terecht zijn gekomen: verdachte gebruikte zijn computer hoofdzakelijk voor het downloaden van porno en klikte sites met kinderporno zeker aan als deze voorbij kwamen. Daar komt nog bij dat de verdachte de verwijderde bestanden op CD-rom's heeft doen wegschrijven (bewijsmiddel 5) en deze zo in bezit heeft gehouden ook al zouden deze van de harde schijf van de computer zijn verwijderd. Het bewezenverklaarde opzet kan dus uit de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid.

10. De middelen falen.

11. Het derde middel strekt ten betoge dat de bewezenverklaring niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid omdat van andere dan de twee met name genoemde afbeeldingen geen gedetailleerde beschrijving onder de bewijsmiddelen is opgenomen, het Hof deze afbeeldingen zelf niet heeft aanschouwd en ook niet aangeeft bekend te zijn met de door de politie gehanteerde criteria.

12. De bewijsmiddelen houden in dat de verdachte bevestigt dat er kinderpornografie op zijn computer stond, dat de bij de verdachte aangetroffen afbeeldingen in hoofdzaak betroffen afbeeldingen van jeugdige meisjes met een leeftijd tussen 5 à 6 en 13 à 14 jaar die seksuele handelingen pleegden met of ondergingen van volwassenen, en met van twee van die afbeeldingen een gedetailleerde omschrijving van het ondergaan van een seksuele handeling in de vorm van het binnendringen door een man met zijn geslachtsdeel in de vagina van een meisje van een jaar of tien respectievelijk veertien jaar. Voorts heeft de verdachte niet bestreden dat de door de verbalisant geselecteerde afbeeldingen kinderporno bevatten. In die omstandigheden behoeft aan bewezenverklaring niet in de weg te staan dat het Hof zich heeft gebaseerd op het oordeel van de verbalisant, welk oordeel het Hof op grond van verdachtes bekentenis, de beschrijving van de afbeeldingen door de

1. HR 11 april 2006, LJN AU9130, NJ 2006, 393, rov. 3.7.1.

verbalisant en het ontbreken van een bestrijding van het oordeel van de verbalisant door de verdachte voor juist heeft gehouden en heeft kunnen houden.²

13. Het middel faalt.

14. De middelen kunnen worden afgedaan met de in art. 81 RO bedoelde motivering.

15. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen heb ik niet aangetroffen. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

AG

Hof Amsterdam 3 juli 2008
Brein vs. Leaseweb
LJN-nummer BD6223

**Auteursrecht, Bittorrent, notice-and-take-down, onmiskenbaar
onrechtmatig, doorgeven NAW-gegevens, art. 6:196c lid 4 BW**

Leaseweb host website everlasting.nl, waarop het via het Bittorrentsysteem mogelijk is bestanden uit te wisselen. Het Hof oordeelt dat het voorhands aannemelijk is

– dat via Everlasting tal van bestanden die films, muziekopnamen, computerspelletjes, software en E-books bevatten aan derden werden aangeboden en door hen werden gedownload zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden en dat daarmee inbreuk werd gemaakt op auteursrechten en/of naburige rechten,

– dat Everlasting deze faciliteit welbewust in het leven heeft geroepen als mede

– dat Everlasting bij de uitvoering ervan een essentiële en kwaliteitsbevorderende rol speelde.

Conclusie: Everlasting speelde welbewust een faciliterende rol bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten – naar moet worden aangenomen – (mede) van diegenen voor de bescher-

2. Anders HR 7 december 2004, NJ 2006, 62, maar daarin was het Hof louter aangewezen op het oordeel van de verbalisanten.

ming van wier belangen Brein in dit geding opkomt. Daarmee handelt zij onmiskenbaar onrechtmatig jegens diegenen. Nu het handelen van Everlasting onmiskenbaar onrechtmatig was, dit handelen plaats vond op de door Leaseweb ge- 'hoste' website en Brein Leaseweb daar voldoende adequaat op had geattendeerd, handelde Leaseweb op haar beurt onrechtmatig door de website niet te verwijderen. Ook heeft de voorzieningenrechter de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens terecht toegewezen, nu Brein voldaan heeft dat de eis Leaseweb die gegevens te verschaffen op grond waarvan Leaseweb redelijkerwijs en zonder zodanig uitgebreid onderzoek dat dat in redelijkheid niet van haar kon worden verwacht – kon beoordelen of het handelen van de houder van de website inderdaad onrechtmatig was.

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid LEASEWEB B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
APPELLANTE in het principaal hoger beroep,
GEÏNTEERDE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

tegen

de stichting STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT
INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN, gevestigd te Amsterdam,
GEÏNTEERDE in het principaal hoger beroep,
APPELLANTE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. F.B. Falkena.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Leaseweb en Brein genoemd.

Bij dagvaarding van 10 juli 2007 is Leaseweb in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen partijen (Brein als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en Leaseweb als gedaagde in conventie/eiseres in reconventie) onder zaaknummer/rolnummer 369220/KG ZA 07-840 AB/MV heeft gewezen en dat is uitgesproken op 21 juni 2007.

Leaseweb heeft bij memorie negentien grieven (er zijn twee grieven genummerd XVII) voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering in conventie zal afwijzen en die in – voorwaardelijke – reconventie zal toe-

wijzen, met veroordeling van Brein in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft Brein geantwoord, de grieven bestreden en van haar kant eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft zij twee grieven voorgesteld en geconcludeerd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen voor zover haar grieven zich tegen dat vonnis richten, dat het hof zal oordelen dat de houdster van Everlasting zelfstandige en/of mede-openbaarmakingshandelingen in de zin van de Auteurswet (AW) en de Wet op de naburige rechten (WNR) verricht, alsmede dat het hof Leaseweb zal veroordelen in de volledige door Brein gemaakte proceskosten in beide instanties en ten slotte dat het hof het vonnis voor het overige zal bekrachtigen.

Vervolgens heeft Leaseweb in het incidenteel hoger beroep geantwoord en geconcludeerd, zo begrijpt het hof, dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en Brein zal veroordelen in de werkelijke, subsidiair de forfaitaire kosten van Leaseweb in het incidenteel hoger beroep.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 11 juni 2008, Leaseweb door mr. J.J. van der Goen, advocaat te Soest, en Brein door mr. D.J.G. Visser, advocaat te Amsterdam, aan de hand van door ieder van partij-en overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid heeft elk van partijen nog een aantal bewijsstukken overgelegd. Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. In grief III in het principaal hoger beroep voert Leaseweb aan dat de voorzieningenrechter ten onrechte alleen het citaat onder 2.5 in de feitenopsomming heeft opgenomen. Het hof zal daar hieronder voor zover nodig op in gaan. Voor het overige bestaat tussen partijen geen geschil over deze feiten, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1 Brein is opgericht door de stichting Stemra, de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI), de Motion Picture Association (MPA) en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF). Deze en andere organisaties zijn aangesloten bij Brein. Brein stelt zich naar blijkt uit haar statuten ten doel het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handha-

ven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.

Leaseweb is een internet service provider. Zij 'host' de website www.everlasting.nu (verder Everlasting). Via Everlasting worden tal van bestanden bevattende onder meer

- films (waaronder Mr. Beans Holiday, The Da Vinci Code, Hot Fuzz (2007), Kruistocht in Spijkerbroek, Das Leben der Anderen en De Aanslag),
- muziek (waaronder K3 ya ya yippie, Marco Borsato, Clouseau, Doe Maar en 538 Dance Smash 2007 vol 2),
- computerspellen (waaronder Command and Conquer 3 en Civilization IV),
- software applicaties (waaronder Tom Tom 675, Zonealarm Internet Security v7.0, Adobe Acrobat 8 Pro, AND Wandelroutewijzer Natuur) en
- E-books (waaronder Playboy mei 2007, Windows Vista Magazine nr. 2 en Knipvellenboek 3 D Special-Bunny to love)

aan derden aangeboden en door derden gedownload zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het zogeheten BitTorrent systeem.

Bij brief van 6 april 2007 heeft Brein aan Leaseweb verzocht de website Everlasting ontoegankelijk te maken en opgave te doen van naam, adres en woonplaats (verder de NAW-gegevens) van de houder van die website. Leaseweb heeft daaraan niet willen voldoen.

Bij inleidende dagvaarding heeft Brein gevorderd dat Leaseweb wordt veroordeeld de NAW-gegevens van de houder van Everlasting te verschaffen en de website van het internet te verwijderen en verwijderd te houden, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom. Voorts heeft zij op de voet van artikel 1019h Rv gevorderd Leaseweb te veroordelen tot betaling van de volledige proceskosten.

In voorwaardelijke reconventie – voor het geval dat Brein in haar vordering kan worden ontvangen – heeft Leaseweb gevorderd Brein op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden nog langer sommaties tot het verstrekken van NAW-gegevens en tot het ontoegankelijk maken van websites aan Leaseweb te sturen, tenzij deze aan bepaalde in de vordering omschreven voorwaarden voldoen.

De voorzieningenrechter heeft de vordering in conventie grotendeels toegewezen en die in reconventie afgewezen. De grieven van Leaseweb keren zich tegen deze toewijzing respectievelijk afwijzing en de gronden waarop de beslissing rust.

De grieven van Brein richten zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat 'niet zonder meer (kan) worden vastgesteld of het handelen van Everlasting kan worden aangemerkt als een zelfstandige openbaarmaking in de zin van de Auteurswet (of de WNR), alsmede tegen de beslissing de vordering tot betaling van de volledige proceskosten (dat wil zeggen: voor zover deze het forfaitaire tarief overschrijden) af te wijzen.

4.2 Volgens grieven I en II van Leaseweb had de voorzieningenrechter Brein niet mogen ontvangen in haar vorderingen

- omdat Brein niet de keus heeft gemaakt of zij optrad als gevolmachtigde van de bij de rechteninbreuk betrokkenen dan wel uit eigen hoofde op de voet van artikel 3:305a BW, terwijl zij die keus wel had moeten maken, en
- omdat Brein ‘onvoldoende (heeft) getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken’, zodat zij ‘klaarblijkelijk’ in strijd met het tweede lid van voormelde bepaling heeft gehandeld.

Aan Leaseweb moet worden toegegeven dat Brein – ook in hoger beroep en ondanks de uitnodiging tot duidelijkheid vervat in de grieven – enigszins dubbelzinnig blijft spreken over het instellen van ‘vorderingen als de onderhavige (-) namens, althans ten behoeve van de bij haar aangeslotenen’. Dat neemt niet weg dat het de onmiskenbare bedoeling van Brein is de vordering in te stellen tot bescherming van gelijksoortige belangen van de bij haar aangesloten rechtspersonen en – zo begrijpt het hof – van de door die rechtspersonen beschermde belangen.

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft Brein – onbestreden – aangevoerd dat partijen al in 2005 overleg hebben gevoerd over (de manier van) het indienen van een claim en dat de thans aan de orde zijnde zaak slechts een voorbeeld is van vergelijkbare zaken tussen partijen. In die andere zaken hebben partijen elkaar niet kunnen vinden, aldus Brein. Dit wordt ook bevestigd door de eerste zin in de brieven van 6 april 2007 van Brein aan Leaseweb respectievelijk aan haar advocaat, waarin Brein schrijft: ‘gelet op onze zeer recente correspondentie over de illegale Bittorrent website DSB-tracker vertrouw ik u er graag mee akkoord de standaard alinea’s over te slaan en direct ter zake te komen’ (versie van de brief aan de advocaat van Leaseweb). Kennelijk verwachtte Brein niets van hernieuwd overleg.

In zijn reactie van 12 april 2007 van de advocaat van Leaseweb gaat deze wel in op andere gebreken die aan de aanpak van Brein kleven, maar niet op het ontbreken van overleg overeenkomstig artikel 3:305a BW. In de gegeven omstandigheden kan dan ook niet worden gezegd dat van Brein verlangd kon worden dat zij eerst nog eens een overlegpoging deed en wegens het ontbreken daarvan in haar vorderingen niet ontvankelijk verklaard zou moeten worden.

Het hof verwierpt de grieven I en II van Leaseweb.

4.3 Het gaat in deze zaak om door Brein gestelde voortdurende en omvangrijke rechtenschending. Daarmee is haar spoedeisend belang hier voldoende gegeven. Weliswaar heeft Leaseweb gesteld dat ‘het uitbannen van Bittorrentsites een illusie is’ (memorie van grieven 30), maar dat staat nog geenszins vast. Grieven IV en V van Leaseweb falen.

4.4 Het hof leidt uit de door producties ondersteunde stellingen van partijen, in het bijzonder uit paragraaf 3.2 van het door Leaseweb overgelegde ‘Deskundigenbericht inzake Brein en Leaseweb’ van 8 oktober 2007 van dr. ing. J.B.F. Mulder en prof. dr. ir. P. van Mieghem (productie 1 bij memorie van grieven, ver-

der het rapport Mulder en Van Mieghem) alsmede uit het TNO-rapport 'Hoe werkt BitTorrent?' van 16 april 2008 van ir. H.M. Stokking en drs. E. Werkman (productie 39 van Brein in hoger beroep, verder het rapport Stokking en Werkman) het volgende af met betrekking tot het eerder genoemde BitTorrent systeem en het daarmee verrichte up- en downloaden.

Met dit systeem is het mogelijk om – in het geval van Everlasting – de computers van een groot aantal gebruikers ('peers') in die zin aan elkaar te koppelen dat zij bestanden zoals hiervoor vermeld aan elkaar en van elkaar kunnen uploaden respectievelijk downloaden. Om dat mogelijk te maken en efficiënt te laten verlopen wordt het bestand in blokjes verdeeld, zodat 'de kost van het uploaden gelijkmatiger over de x gebruikers en de server' (rapport Mulder en Van Mieghem 3.1) wordt verdeeld. Om de verdeling in blokken en het verkeer van die blokken correct en ordelijk te laten verlopen zijn torrentfiles en een 'tracker' nodig. Zij zijn essentieel voor het functioneren van het systeem.

Een bezitter (de 'seed' of 'seeder') van een bestand dat zou kunnen worden geupload 'maakt en plaatst' (rapport Mulder en Van Mieghem, figuur 1 op blz 6) een torrentfile, waarin de verdeling in blokjes (dus niet de blokjes zelf, die blijven bij de uploader om rechtstreeks aan een of meer downloaders te worden geupload) is geregistreerd en waarin tevens het adres (URL) van de tracker is te vinden. De tracker is een eenvoudig protocol dat downloaders van een zelfde bestand helpt elkaar en daarmee de nog noodzakelijke blokjes te vinden (rapport Mulder en Van Mieghem blz 7), zodat deze kunnen worden geupload. Het gevolg is dat de blokjes zich verspreiden over de downloaders en deze ook onderling naar en van elkaar de inmiddels ontvangen blokjes kunnen uploaden respectievelijk downloaden zodat zij niet allen tegelijk afhankelijk zijn van de seed.

4.5 Everlasting heeft op haar website met gebruikmaking van dit systeem een uitwisselingsmogelijkheid van bestanden gecreëerd. Haar website functioneert hierbij als server, in ieder geval in die zin dat de tracker zich op haar website bevindt. Wie wil deelnemen aan de uitwisselingsmogelijkheid moet zich bij Everlasting als gebruiker/lid laten registeren. Aannemelijk is voorts dat Everlasting – door middel van een beoordelingssysteem van de wijze waarop de deelnemers gebruik maken van de website – een rol speelt bij de kwaliteitsbewaking van de aangeboden bestanden (zie hiervoor de in zoverre niet bestreden verklaring van A. Piest, die de website – en de tracker – beheerde, productie 38 van Brein in hoger beroep).

4.6 Gelet op dit alles is voorshands aannemelijk

- dat via Everlasting tal van bestanden die films, muziekopnamen, computerspelletjes, software en E-books bevatten aan derden werden aangeboden en door hen werden gedownload zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden en dat daarmee inbreuk werd gemaakt op auteursrechten en/of naburige rechten,
- dat Everlasting deze faciliteit welbewust in het leven heeft geroepen alsmede

- dat Everlasting bij de uitvoering ervan een essentiële en kwaliteitsbevorderende rol speelde.

4.7 Dit een en ander leidt naar het voorlopige oordeel van het hof tot de conclusie dat Everlasting welbewust een faciliterende rol speelde bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten – naar moet worden aangenomen – (mede) van diegenen voor de bescherming van wier belangen Brein in dit geding opkomt. Daarmee handelt zij onmiskenbaar onrechtmatig jegens diegenen.

Een aantal verdere verweren van Leaseweb zal het hof hieronder bespreken, omdat deze ten dele ook betrekking hebben op de thans te bespreken beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen in conventie tot het verstrekken van de NAW-gegevens van de houder van Everlasting en tot verwijdering van de website.

4.8 Ten aanzien van de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens overweegt het hof het volgende. Tegenover elkaar staan enerzijds het belang van Brein om op te komen tegen de rechtenschending die hier aan de orde is en anderzijds het belang van de houder van Everlasting om (op niet commerciële wijze) op het internet contacten te leggen en gegevens uit te wisselen zonder het risico te lopen dat zijn identiteit tegen zijn wens wordt onthuld door Leaseweb aan wie hij zijn NAW-gegevens heeft verstrekt, alsmede daarnaast of wellicht beter: daartussen het belang van Leaseweb om op basis van adequate gegevens een zorgvuldige beslissing te nemen omtrent het verstrekken van die gegevens, indien dat van haar wordt/kan worden verlangd.

Het belang dat Brein zich aantrekt is omvangrijk: het betreft de bescherming van de auteursrechten en naburige rechten van al diegenen wier werken via Everlasting worden verspreid. Het belang van de houder van Everlasting zich tegen het prijsgeven van zijn identiteit te verzetten moet daarvoor wijken. Zonder verstrekking van diens NAW-gegevens kan Everlasting in de praktijk onbepaald het onrechtmatige handelen voortzetten. Brein heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij binnen redelijke grenzen naar alternatieve wegen heeft gezocht om achter de identiteit van de houder van Everlasting te komen (memorie van antwoord/grievens 92 ev) en voldoende vast staat dat die wegen niet tot het gewenste doel hebben geleid. Er bestaat voorts geen redelijke twijfel dat de gegevens die worden gevraagd leiden tot degene die het onrechtmatige handelen, het faciliteren van de rechtenschending, verricht.

Ten aanzien van haar belangen heeft Leaseweb aangevoerd ‘dat van Leaseweb niet kan worden verwacht dat zij bij elke summier geformuleerde klacht en waarbij het gaat om bestanden die zich niet op haar servers bevinden gaat uitzoeken of de klacht gegrond is met alle te besteden manuren en kosten van dien’ (pleitnota eerste aanleg 28).

Naar het voorlopig oordeel van het hof voldoen de hiervoor genoemde brieven van 6 april 2007 van Brein aan Leaseweb en aan haar advocaat echter aan de eis, dat Brein haar die gegevens verschaft op grond waarvan Leaseweb redelijkerwijs

– en zonder zodanig uitgebreid onderzoek dat dat in redelijkheid niet van haar kon worden verwacht – kon beoordelen of het handelen van de houder van de website inderdaad onrechtmatig was. Daarmee had Brein – alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen – voldoende gegevens verschaft. Het voorgaande leidt – naar het voorlopig oordeel van het hof en behoudens de behandeling van de weren die hierna nog aan de orde komen – tot de conclusie dat de voorzieningenrechter de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens terecht heeft toegewezen.

4.9 De voorzieningenrechter heeft ook de vordering tot verwijdering en tot het verwijderd houden van de website terecht toegewezen. Nu het handelen van Everlasting onmiskenbaar onrechtmatig was, dit handelen plaats vond op de door Leaseweb ge-‘hoste’ website en Brein Leaseweb daar voldoende adequaat op had geattendeerd, handelde Leaseweb op haar beurt onrechtmatig door de website niet te verwijderen.

4.10 Het voorgaande leidt tevens tot de conclusie dat de voorzieningenrechter de reconventionele vordering van Leaseweb terecht heeft afgewezen, reeds omdat de door Leaseweb in het algemeen aan sommaties gestelde eisen te ver gaan.

4.11 Thans komen de hierboven bedoelde verdere verweren aan de orde.

4.12 Volgens Leaseweb was er ‘slechts sprake van een klein aantal leden’ en was Everlasting ‘slechts bedoeld voor een zeer kleine groep bekenden die het interessant vonden met P2P-techniek bezig te zijn’ (pleitnota eerste aanleg 38 en memorie van grieven 42). Brein heeft echter gedocumenteerd aangevoerd dat hier in ieder geval ‘geen sprake was van een familie- of vriendenkring of een groep personen tussen wie nauwelijks minder hechte banden van persoonlijke aard bestaan als bedoeld in artikel 12 lid 4 Aw.’ (onder meer memorie van antwoord/grieven 77). In het bijzonder op grond van de in eerste aanleg door Brein overgelegde producties 3 en 5 tot en met 8 acht het hof inderdaad aannemelijk dat deelname en gebruik op substantiële schaal plaats vond en dat dit niet zodanig beperkt was dat op die grond geconcludeerd zou moeten worden dat geen inbreuk op auteursrechten of naburige rechten werd gemaakt. Leaseweb heeft ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep desgevraagd ook geen nadere informatie kunnen geven over de aantallen gebruikers, die het door haar bedoelde ‘kleine aantal leden’ zouden kunnen bevestigen.

4.13 Voorts heeft Leaseweb nog aangevoerd

- dat het uploaden uitgeschakeld kan worden (pleitnota eerste aanleg 33 en grief VII),
- de blokjes geen beschermde werken vormen (pleitnota eerste aanleg 39 en grief VII),
- dat de torrentfiles geen auteursrechtelijk beschermde werken bevatten (grief VI),

- dat de naam van een bestand wel dezelfde kan zijn als de titel van een beschermd werk, maar dat dat niets zegt over de inhoud (pleitnota eerste aanleg 26 en grief VI),
- dat niet zeker is dat de desbetreffende werken niet rechtmatig in het verkeer zijn gebracht (pleitnota eerste aanleg 26 en grief XI) en
- dat de tracker en de website van Everlasting niet onontbeerlijk zijn voor het downloaden van de files (onder meer pleitnota in eerste aanleg 35 en die in hoger beroep 19 ev).

Al deze verweren moeten worden verworpen. Het uploaden kan weliswaar worden uitgeschakeld, maar dat gebeurt kennelijk niet op grote schaal. Het systeem kan immers niet werken zonder het uploaden.

Of de blokjes op zichzelf en of de torrentfiles beschermde werken vormen kan in het midden blijven. Het zijn de noodzakelijke middelen die tot de rechtenschen- ding leiden.

Dat de naam niet altijd de lading dekt moge zo zijn, maar doet er niet aan af dat het zich – naar mag worden aangenomen – (veel) vaker zal voordoen dat dat wel het geval is. Een systeem van bestandenuitwisseling functioneert bij de gratie van een voldoende betrouwbare benaming van die bestanden.

Iets soortgelijks geldt voor de vraag of de bestanden rechtmatig in het verkeer zijn gebracht. Het zal ongetwijfeld – en mogelijk zelfs regelmatig – voorkomen dat ook bestanden die door de producent zijn voorzien van een beveiligingscode worden aangeboden. Zonder de sleutel van de code kan de gebruiker echter niets met die bestanden. Het zijn dan ook niet die bestanden waar het bij de uitwisseling om gaat en zij zullen bij de uitwisseling geen rol van betekenis spelen.

In een bij pleidooi door Brein als productie 9 overgelegde verklaring hebben Mulder en Van Mieghem voornoemd – overeenkomstig hun eerder in hun rapport op vragen van Leaseweb gegeven antwoorden – tegenover het TNO-rapport inderdaad bevestigd de dat stellingen die leiden tot ‘de conclusie dat de tracker en de website van Everlasting onontbeerlijk zouden zijn voor het downloaden van de door Brein genoemde files (-) ten onrechte (worden) gepresenteerd als incon- stabel’. De omstandigheid echter dat het mogelijk is de bestanden uit te wisselen zonder tracker en zonder de website, doet er niet aan af dat de houder van Everlasting de uitwisseling heeft geïnitieerd en dat deze uitwisseling in dit geval wel degelijk via de website, gestuurd door de daarop geplaatste tracker, plaats vindt. Het ligt ook niet voor de hand om aan te nemen dat de uitwisseling in de praktijk op deze schaal van de grond zou (kunnen) komen zonder een initiërende website als Everlasting.

5. Slotsom

De grieven van Leaseweb die geen verdere afzonderlijke behandeling vergen falen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen in conventie terecht toege- wezen en die in reconventie terecht afgewezen.

Het hof is voorts van oordeel dat de voorzieningenrechter terecht slechts de pro-

ceskosten overeenkomstig het liquidatietarief heeft toegewezen. Gelet op het feit dat Leaseweb geen duidelijk eigen belang heeft bij de beoordeling van en de keuze tussen de belangen van Brein en Everlasting, zij ook zorgvuldigheid heeft te betrachten jegens Everlasting en het hier gaat om een nog niet duidelijk uitgekristalliseerde materie, verzet de billijkheid bij toepassing van artikel 1019h Rv zich ertegen Leaseweb in meer dan de forfaitaire proceskosten te verwijzen. Dit betekent dat grief II van Brein dient te worden verworpen. Ten slotte brengt deze uitkomst mee dat Brein geen belang heeft bij behandeling van haar grief I.

Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Het hof zal Leaseweb verwijzen in de kosten gevallen op het principaal hoger beroep en Brein in de kosten gevallen op het incidenteel hoger beroep. Het hof is van oordeel dat de billijkheid zich eveneens ertegen verzet dat bij de vaststelling van de proceskosten ten gunste van Leaseweb een andere maatstaf zou moeten gelden dan bij de vaststelling van de proceskosten ten gunste van Brein, zodat over en weer het forfaitaire tarief zal worden toegepast. Daar komt nog bij dat de door Leaseweb ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep overgelegde specificatie geen aanknopingspunt biedt voor de vaststelling van haar met alleen het incidenteel hoger beroep gemoeide kosten.

6. Beslissing

Het hof:

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
verwijst Leaseweb in de kosten van het geding in het principaal hoger beroep, aan de zijde van Brein tot op heden begroot op € 2.982,-;
verwijst Brein in de kosten van het geding in het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van Leaseweb tot op heden begroot op € 1.341,-;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, M. Coeterier en E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 3 juli 2008.

Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 4 juli 2008

De Stelling

Beschikbaar op www.internetrechtspraak.nl onder het kopje privacy.

Privacy, Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet, art. 8 Wbp

Gedaagde (Stichting) heeft op website zonder toestemming meerdere artikelen geplaatst of laten plaatsen, waarin wordt verwezen naar [eiser] – die daar bezwaar tegen maakt. De rechter oordeelt dat toestemming van de “betrokkene”, in casu [eiser], wel degelijk vereist is en voor de beoordeling in deze zaak relevant. Immers, voor een verantwoordelijke die persoonsgegevens op internet wil publiceren, geldt op grond van art. 8 Wbp (dat ingevolge artikel 3 ook van toepassing is op verwerking voor uitsluitend journalistieke doeleinden) dat zij toestemming nodig heeft van de betrokkene, tenzij er een aantoonbare noodzaak is voor de publicatie. I.c. geen noodzaak: de informatie is erg gedateerd en weinig relevant. Het zou te dol voor woorden zijn als iedereen die ooit in een strafrechtelijk onderzoek is gehoord maar nooit is vervolgd, dat nog decennia later in besmukte zin op internet tegengeworpen krijgt.

Onderdeel 2 van de vordering (verbod voor de toekomst) wordt afgewezen, nu dit onderdeel in zijn algemene formulering neerkomt op censuur vooraf hetgeen rechtens niet toelaatbaar is. Het oordeel over lichtvaardig en onrechtmatig herhalen van persoonsgegevens in strijd met de letter en strekking van dit vonnis kan de rechter in voorkomend geval tot uitdrukking brengen in de hoogte van de kostenveroordeling.

VONNIS in kort geding van 4 juli 2008

in de zaak van:

[eiser]

procureur mr. J.A.T.M. van Zinnicq Bergmann,

advocaat mr. N.C.M. Koch te Breda,

tegen

de stichting

DOCUMENTATIE- EN INFORMATIECENTRUM STICHTING DE STELLING,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

gedaagde,

verschenen in persoon door haar bestuurder G.J. van Beijnum,

advocaat mr. M.J. Jeths te Utrecht.

Partijen zullen hierna [eiser] en de Stichting genoemd worden.

1. De procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

de dagvaarding waarbij werd gedagvaard: de stichting de verklaring ter zitting van G.J. van Beijnum dat een stichting “STICHTING DE STELLING” niet bestaat, zijnde dit slechts een handelsnaam van de stichting “Documentatie- en Informatiecentrum Stichting De Stelling” gevestigd te 's-Hertogenbosch, die op die dagvaarding vrijwillig wenst te verschijnen

- het akteverzoek van [eiser] om de dagvaarding aldus verbeterd te lezen, tegen welk verzoek zijn wederpartij geen bezwaar maakte;
- de beslissing van de rechter om de dagvaarding, aldus verbeterd, zoals ook in de kop van dit vonnis vermeld, te lezen
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van [eiser]
- de pleitnota van de Stichting.

1.2 Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1 De Stichting heeft op haar website www.stelling.nl, zonder toestemming van [eiser] meerdere artikelen/teksten geplaatst of laten plaatsen, waarin wordt verwezen naar [eiser]. Het betreft artikelen uit de periode juni 2005 tot en met 2006 en één artikel uit juni 2007.

2.2 De website van de Stichting is een elektronische versie van de sedert begin 1977 bestaande en door haar uitgegeven papieren versie “Kleintje Muurkrant”. Blijkens het colofon van de website wil Kleintje Muurkrant via het openbaar maken van feiten, het geven van achtergrondinformatie en het plaatsen van discussiestukken, het verzet tegen misstanden in de maatschappij aanwakkeren en haarzelf en anderen aanzetten tot het zelfstandig kritisch denken en handelen en tegelijkertijd een platformfunctie vervullen voor actiegroepen in Den Bosch en verre omgeving. Kleintje Muurkrant staat open voor een ieder die hieraan een bijdrage wil leveren. Het is mogelijk om via het gastenboek een reactie toe te voegen als ook direct een reactie te plaatsen naar aanleiding van de artikelen op de website.

2.3 Bij brief van 4 januari 2008 heeft de raadsman van [eiser] de Stichting gesommeerd om de teksten waarin [eiser] wordt genoemd van de website te verwijderen. De Stichting heeft hier tot op heden niet aan voldaan.

3. Het geschil

3.1 [Eiser] vordert in dit kort geding:

1. De Stichting te veroordelen om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis op zijn website/forum de persoonsgegevens van [eiser] te verwijderen op straffe van een dwangsom van € 500,- voor iedere dag en iedere keer dat de Stichting hiermee in gebreke blijft;
2. De Stichting te verbieden om in het vervolg persoonsgegevens van [eiser] op de website van de Stichting te (laten) plaatsen, op straffe van een dwangsom van € 50.000, voor iedere keer dat de Stichting hiermee in gebreke blijft.
3. veroordeling van de Stichting in de proceskosten.

[Eiser] legt aan zijn vordering het navolgende ten grondslag:

3.1.1. De Stichting handelt onrechtmatig jegens [eiser] doordat zij diverse artikelen/teksten op haar website heeft geplaatst waarin in negatieve zin verwezen wordt naar [eiser] en hij wordt geassocieerd met zekere Johan Verhoek, alias 'de Hakkelaar'.

3.1.2. De Stichting heeft van [eiser] geen toestemming voor het gebruik van deze persoonsgegevens in de zin van artikel 1 sub a van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) van een 'andere noodzaak' geen sprake is. Bovendien zijn de verwijzingen naar [eiser] onjuist en onnodig.

3.1.3. De persoonsgegevens zijn gebruikt op een wijze die in strijd is met de Wbp en met de door het College bescherming persoonsgegevens (CBP) ter uitvoering van de in de Wbp aan dat college opgedragen toezicht gepubliceerde "Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet" (Stcrt. 11 december 2007, nr. 240, pag 27; hierna: de Richtsnoeren). De Stichting draagt de verantwoordelijkheid voor deze artikelen/teksten, ook als deze door derden op haar website zijn geplaatst. De in de betreffende publicaties vermelde persoonsgegevens zijn feitelijk onjuist, voor het doel van de verwerking onvolledig en niet ter zake dienend. [Eiser] lijdt door het onrechtmatig handelen van De Stichting schade. Zijn goede naam – zowel in privé als beroepsmatig – heeft onder deze handelswijze van de Stichting ernstig te lijden.

3.2. De Stichting voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Van een voldoende spoedeisend belang is genoegzaam gebleken, nu het feit dat de litigieuze teksten door de Stichting al enige tijd geleden op haar website zijn geplaatst geenszins uitsluit dat [eiser] er thans in toenemende mate hinder van ondervindt. Bovendien valt niet uit te sluiten dat de Stichting nieuwe dergelijke publicaties op haar website faciliteert.

4.2. Hoofddregel van de Wbp is dat een ieder die persoonsgegevens publiceert (in de Richtsnoeren ook wel gedefinieerd als: verantwoordelijke) zélf verantwoorde-

lijk is voor naleving van de wet. Dit houdt in dat particulieren, ondernemingen, organisaties en instellingen die voornemens zijn gegevens over een natuurlijke persoon (in de Awb gedefinieerd als: betrokkene) op internet te publiceren, zelf voorafgaand aan die publicatie dienen te beoordelen of dat wel is toegestaan, en zo ja aan welke voorwaarden zij daarbij moeten voldoen.

Met de Richtsnoeren heeft het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna: CBP) beoogd om deze beoordeling te vereenvoudigen.

4.3. Onweersproken staat vast dat de Stichting geen toestemming van [eiser] heeft verkregen voor plaatsing van de gewraakte teksten op haar website. Anders dan de Stichting heeft betoogd, is toestemming van de “betrokkene”, in casu [eiser], wel degelijk vereist en voor de beoordeling in deze zaak relevant. Immers, voor een verantwoordelijke die persoonsgegevens op internet wil publiceren, geldt op grond van artikel 8 Wbp (dat ingevolge artikel 3 ook van toepassing is op verwerking voor uitsluitend journalistieke doeleinden) dat zij toestemming nodig heeft van de betrokkene, tenzij er een aantoonbare *noodzaak* is voor de publicatie. De Wbp noemt dit een grondslag voor een gerechtvaardigde gegevensverwerking.

Over die noodzaak voor de publicatie wordt overwogen:

4.3.1. De op internet door de Stichting naar voren gebrachte vriendschap van [eiser] met Johan de V. alias “de Hakkelaar” zou zich hebben voorgedaan in 1996 toen [eiser] ook als verdachte in het “Octopussy-onderzoek” zou zijn gehoord. Maar dat heeft niet tot enige vervolging van [eiser] geleid. De informatie is erg gedateerd en weinig relevant. Het zou te dol voor woorden zijn als iedereen die ooit in een strafrechtelijk onderzoek is gehoord maar nooit is vervolgd, dat nog decennia later in besmuite zin op internet tegengeworpen krijgt.

4.3.2. Het actuele maatschappelijke belang waar de Stichting mee schermt, zou bestaan in betrokkenheid van [eiser] bij teakplantages waar beleggers naar haar zeggen zouden zijn benadeeld. Onweersproken heeft [eiser] naar voren gebracht dat de Autoriteit Financiële Markten die zaak in onderzoek heeft zonder dat die autoriteit aanleiding heeft gezien om de vergunnen van ondernemingen waarbij [eiser] een rol speelt, in te trekken of te schorsen.

4.3.3. Van het gebruik van persoonsgegevens van [eiser] ten dienste van een degelijke objectieve informatieverzameling en -verstrekking (de Richtlijnen Hoofdstuk IV, par. 3.1) is naar het oordeel van de rechter geen sprake. Gelet op de toonzetting en bewoordingen van de door [eiser] ter ondersteuning van zijn vordering in het geding gebrachte uitingen (zijn prod. 1, 25 bladzijden webpagina's) is veel eerder sprake van een vorm van hetze.

4.4. Op grond van het vorenoverwogene is de onrechtmatigheid van de door de Stichting geplaatste teksten genoegzaam gebleken, zodat onderdeel I van de vordering zal worden toegewezen. Onderdeel 2 van de vordering zal worden afgewezen, nu dit onderdeel in zijn algemene formulering neerkomt op censuur vooraf hetgeen rechtens niet toelaatbaar is. Het oordeel over lichtvaardig en onrechtmatig herhalen van persoonsgegevens in strijd met de letter en strekking van dit

vonnis kan de rechter in voorkomend geval tot uitdrukking brengen in de hoogte van de kostenveroordeling.

4.5. De gevorderde dwangsom wordt gelimiteerd als na te melden. Tevens worden hieraan een maximum en een rechterlijke matigingsbevoegdheid van de hierna te vermelden inhoud verbonden.

4.6. Nu partijen over en weer op enige punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt de Stichting om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis de persoonsgegevens van [eiser] in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens van zijn website/forum te verwijderen,

5.2. bepaalt dat de Stichting voor iedere dag en iedere keer dat zij in strijd handelt met de onder 5.1 uitgesproken veroordeling, aan [eiser] een dwangsom verbeurt van € 500,-, tot een maximum van € 30.000,-.

5.3. bepaalt dat deze dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding.

5.4. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.H.W. Rullmann en in het openbaar uitgesproken op 4 juli 2008.

Sector kanton Rb. Arnhem 4 juli 2008

Labyrinth

LJN-nummer BD6324

**E-commerce, reisovereenkomst, art. 7:503 BW,
art. 9 ANVR-reisvoorwaarden**

Gedaagde heeft via website reis geboekt bij Labyrinth Outdoor & Travel B.V., en die reis drie minuten na de totstandkoming van de overeenkomst geannuleerd. Volgens ANVR-voorwaarden zou gedaagde bijna € 600 wegens annulering moeten betalen, echter Labyrinth biedt aan met € 27,50 genoeg te nemen.

Gedaagde werpt op dat hij direct na de bevestiging van Labyrinth de boeking heeft geannuleerd, zodat het onmogelijk is dat in die paar minuten kosten zijn gemaakt. Hij beroept zich hiermee kennelijk op de vernietigbaarheid van art. 9 lid 2 van de ANVR-reisvoorwaarden, omdat het beding onredelijk bezwarend voor hem is.

Ook dit verweer gaat niet op. Art. 9 lid 2 sub a van de ANVR-reisvoorwaarden bepaalt, voor zover hier van belang: "Indien een overeenkomst wordt geannuleerd, is de reiziger naast eventueel verschuldigde reserveringskosten de volgende annuleringskosten verschuldigd:

(...) - bij annulering vanaf de 28ste dag (inclusief) tot de 21ste dag (exclusief) vóór de vertrekdag: 40% van de reissom; (...)" Deze bepaling is een uitwerking van art. 7:503 leden 1 en 2 Burgerlijk Wetboek (BW), welk artikel van dwingend recht is. Dat artikel houdt, kort samengevat, in dat de reiziger de reisovereenkomst te allen tijde kan opzeggen en dat hij gehouden is tot schadevergoeding indien hij opzegt wegens aan hem toe te rekenen omstandigheden. De hoogte van de schadevergoeding is geregeld in art. 9 lid 2 sub a van de ANVR-reisvoorwaarden. De schadevergoeding omvat een vast bedrag, dat in hoogte toeneemt hoe korter voor aanvang van de reis wordt geannuleerd. Op grond van art. 6:237 sub i BW wordt een dergelijk beding vermoed onredelijk bezwarend te zijn, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst. In art. 9 lid 4 van de ANVR-reisvoorwaarden is geregeld dat de reisorganisator een lagere schadevergoeding in rekening brengt als de reiziger gemotiveerd aangeeft waarom de schade van de reisorganisator, waaronder wordt verstaan geleden verlies en gederfde winst, lager is uitgevallen.

Nu gedaagde binnen een paar minuten de reisovereenkomst heeft geannuleerd, is, zonder nadere toelichting van de zijde van Labyrinth, die ontbreekt, enerzijds niet aannemelijk dat Labyrinth reeds uitvoering aan deze overeenkomst heeft gegeven zodat de annulering ervan tot kosten en dus geleden verlies voor haar heeft geleid. Anderzijds is wel aannemelijk dat Labyrinth door de annulering van de reisovereenkomst door gedaagde

winst heeft gederfd. Het in rekening gebracht percentage van 40% komt de kantonrechter niet onredelijk voor.

Hierbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de ANVR-voorwaarden tot stand zijn gekomen in overleg met de Consumentenbond in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER, zodat de reiziger in dat overleg goed vertegenwoordigd is geweest. Voorts wordt hierbij van belang geacht dat gedaagde van Labyrinth de gelegenheid heeft gekregen om de zaak af te doen tegen betaling van € 27,50, waarvan gedaagde echter geen gebruik heeft gemaakt. Daarom is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook niet onaanvaardbaar dat Labyrinth gedaagde houdt aan art. 9 lid 2 sub a algemene bepalingen, hoewel gedaagde reeds binnen drie minuten de gesloten reisovereenkomst heeft geannuleerd.

VONNIS

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Labyrinth Outdoor & Travel B.V.

gevestigd te Alphen aan den Rijn
eisende partij

gemachtigde Webcasso B.V.

tegen

[gedaagde partij]
wonende te Nijmegen
gedaagde partij

procederend in persoon

Partijen worden hierna Labyrinth en [gedaagde partij] genoemd.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit

- het tussenvonnis van 29 februari 2008
- de brief van de gemachtigde van Labyrinth van 16 mei 2008 met producties
- het proces-verbaal van de comparitie van 26 mei 2008. Labyrinth heeft ter comparitie nadere stukken in het geding gebracht.

De feiten

De kantonrechter gaat uit van de volgende vaststaande feiten.

1.1 [gedaagde partij] heeft op de avond van 24 juni 2007 een boekingsformulier voor een reis naar Rimini voor vijf personen op de website van Labyrinth ingevuld en digitaal verzonden.

1.2 Labyrinth heeft per emailbericht van 24 juni 2007, 22.41 uur met als onderwerp “Bevestiging boeking” [gedaagde partij] het volgende, voor zover hier van belang, bericht:

“Als eerste willen we je hartelijk danken voor je boeking. Hieronder tref je een aantal gegevens van je vakantie aan. Wij sturen je binnen 3 werkdagen ook nog een factuur per post. (...)”

1.3 [gedaagde partij] heeft per emailbericht van 24 juni 2007, 22.44 uur het volgende aan Labyrinth gevraagd:

“Ik heb net een boeking geplaatst maar ik wil deze graag annuleren kan dat noch?”

1.4 Labyrinth heeft per emailbericht van 24 juni 2007, 23.16 uur [gedaagde partij] als volgt, voor zover hier van belang, geantwoord:

“Op het moment dat je op een Labyrinth website je gegevens hebt ingevoerd en je een bevestigingsmailtje hebt ontvangen, beschouwt Labyrinth de boeking als definitief. Wil je daarna nog wat wijzigen of annuleren, dan zijn daar kosten aan verbonden conform de anvr-voorwaarden. (...)”

1.5 In het onder 1.4 genoemde emailbericht is ook een uitleg van de boekingsprocedure opgenomen, die afsluit met de volgende zin:

“Er kan dus geen sprake zijn van een ongewenste boeking!”

1.6 Labyrinth heeft bij “Annuleringsfactuur nummer 89400” van 29 juni 2007 € 592,05, bestaande uit een hoofdsom van € 494,40, kosten annuleringsverzekering van € 92,70 en poliskosten van € 4,95, in rekening gebracht bij [gedaagde partij].

Hierop staan de volgende zin(sdelen), voor zover hier van belang, vermeld.

“vertrekdatum: 20 juli 2007”

“annuleringsdatum: 24 juni 2007”

“aantal dagen voor vertrek: 26”

“annulering volgens ANVR voorwaarden artikel 9, lid 2a bij annulering”

“vanaf de 28e dag tot de 21e dag voor vertrek: 40% van de reissom”

“reissom: Euro 1.236,-”

“Bij uitzondering mag u Euro 27,50 betaling, echter deze betaling moet voor 10 juli op onze rekening staan anders ontvangt u alsnog een volledige factuur.”

1.7 [gedaagde partij] heeft per emailbericht van 30 juni 2007, 18.14 uur Labyrinth het volgende, voor zover hier van belang, meegedeeld:

“(…) Wie schetst mijn groter wordende verbazing, wanneer ik vandaag een Annuleringsfactuur (!) in de bus ontvang ter grootte van, in principe, 592,05 Euro. Bovendien staat er onderaan genoemde factuur: ‘Bij uitzondering mag u Euro 27,50 betaling, echter ...etc.’ (...) Ik ben dan ook geenszins van plan welke factuur dan ook te betalen, daar er geen enkele overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen (...)”

1.8 Labyrinth heeft per emailbericht van 30 juni 2007, 18.14 uur als volgt geantwoord:

“Geen probleem.

Wij zullen de gehele reissom incasseren via ons incassobureau.”

1.9 Labyrinth heeft bij factuur van 3 juli 2007 [gedaagde partij] een annuleringsfactuur van € 592,05 met een betalingstermijn van twee dagen gezonden. Bij factuur van 6 juli 2007 heeft zij [gedaagde partij] een herinnering met een betalingstermijn van drie dagen gezonden.

De vordering en het verweer

2. Labyrinth vordert dat de kantonrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [gedaagde partij] veroordeelt om aan haar te betalen € 761,39, bestaande uit de openstaande factuur van 3 juli 2007 ad € 592,05, vervallen rente ad € 19,34 en buitengerechtelijke incassokosten ad € 150,-, vermeerderd met rente daarover van de dag der dagvaarding. Voorts vordert zij de veroordeling van [gedaagde partij] in de proceskosten, vermeerderd met rente vanaf de dag van vonniswijzing.

3. [gedaagde partij] voert gemotiveerd verweer.

De beoordeling

4. [gedaagde partij] werpt ten eerste op dat er geen overeenkomst is gesloten tussen Labyrinth en (de ouders van) [gedaagde partij]. Dit verweer gaat niet op. Uit de onder 1.1 en 1.2 opgesomde feiten blijkt dat [gedaagde partij], geboren op [geboortedatum] en dus meerderjarig op 24 juni 2007, op de avond van 24 juni 2007 de onderhavige boeking digitaal heeft verzonden naar Labyrinth, die die boeking later op die avond heeft bevestigd. Aldus is door aanbod en aanvaarding

de reisovereenkomst tot stand gekomen. Art. 2 lid 1 sub b van de toepasselijke ANVR-reisvoorwaarden bepaalt in dit verband: “Bij boeking via internet richt de reisorganisator het boekingsproces zodanig in dat de reiziger er vóór de aanvaarding op gewezen wordt dat hij een overeenkomst aangaat. Door de bevestiging van de boeking door de reisorganisator is de reiziger aan deze overeenkomst gebonden.” Uit het onder 1.4 genoemde emailbericht van Labyrinth en de door haar ter comparitie getoonde stukken volgt dat haar boekingsproces aan voormelde bepaling uit de ANVR-reisvoorwaarden voldoet. Ook blijkt daaruit dat de prijs van de uitgezochte reis (meermalen) voor de aanvaarding en dus tijdig, anders dan [gedaagde partij] meent, getoond wordt. De stelling van [gedaagde partij] dat niet zeker is dat toentertijd het boekingsproces zodanig was als de ter comparitie getoonde stukken aangeven, wordt als enkel suggestief en dus ongemotiveerd gepasseerd.

5. Verder werpt [gedaagde partij] op dat hij direct na de bevestiging van Labyrinth de boeking heeft geannuleerd, zodat het onmogelijk is dat in die paar minuten kosten zijn gemaakt. Hij beroept zich hiermee kennelijk op de vernietigbaarheid van art. 9 lid 2 van de ANVR-reisvoorwaarden, omdat het beding onredelijk bezwarend voor hem is.

Ook dit verweer gaat niet op. Art. 9 lid 2 sub a van de ANVR-reisvoorwaarden bepaalt, voor zover hier van belang: “Indien een overeenkomst wordt geannuleerd, is de reiziger naast eventueel verschuldigde reserveringskosten de volgende annuleringskosten verschuldigd:

(...) - bij annulering vanaf de 28ste dag (inclusief) tot de 21ste dag (exclusief) vóór de vertrekdag: 40% van de reissom; (...)” Deze bepaling is een uitwerking van art. 7:503 leden 1 en 2 Burgerlijk Wetboek (BW), welk artikel van dwingend recht is. Dat artikel houdt, kort samengevat, in dat de reiziger de reisovereenkomst te allen tijde kan opzeggen en dat hij gehouden is tot schadevergoeding indien hij opzegt wegens aan hem toe te rekenen omstandigheden. De hoogte van de schadevergoeding is geregeld in art. 9 lid 2 sub a van de ANVR-reisvoorwaarden. De schadevergoeding omvat een vast bedrag, die in hoogte toeneemt hoe korter voor aanvang van de reis wordt geannuleerd. Op grond van art. 6:237 sub i BW wordt een dergelijk beding vermoed onredelijk bezwarend te zijn, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst. In art. 9 lid 4 van de ANVR-reisvoorwaarden is geregeld dat de reisorganisator een lagere schadevergoeding in rekening brengt als de reiziger gemotiveerd aangeeft waarom de schade van de reisorganisator, waaronder wordt verstaan geleden verlies en gederfde winst, lager is uitgevallen.

Nu [gedaagde partij] binnen een paar minuten de reisovereenkomst heeft geannuleerd, is, zonder nadere toelichting van de zijde van Labyrinth, die ontbreekt, enerzijds niet aannemelijk dat Labyrinth reeds uitvoering aan deze overeenkomst heeft gegeven zodat de annulering ervan tot kosten en dus geleden verlies voor haar heeft geleid. Anderzijds is wel aannemelijk dat Labyrinth door de annulering

van de reisovereenkomst door [gedaagde partij] winst heeft gederfd. Het in rekening gebracht percentage van 40% komt de kantonrechter niet onredelijk voor. Hierbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de ANVR-voorwaarden tot stand zijn gekomen in overleg met de Consumentenbond in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER, zodat de reiziger in dat overleg goed vertegenwoordigd is geweest. Voorts wordt hierbij van belang geacht dat [gedaagde partij] van Labyrinth de gelegenheid heeft gekregen om de zaak af te doen tegen betaling van € 27,50, waarvan [gedaagde partij] echter geen gebruik heeft gemaakt. Daarom is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook niet onaanvaardbaar dat Labyrinth [gedaagde partij] houdt aan art. 9 lid 2 sub a algemene bepalingen, hoewel [gedaagde partij] reeds binnen drie minuten de gesloten reisovereenkomst heeft geannuleerd.

6. Het voorgaande brengt met zich dat de hoofdsom en onbetwiste rente zullen worden toegewezen. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen worden afgewezen, nu de aanmaningsbrieven zijn geadresseerd aan de ouders van (de meerderjarige) [gedaagde partij].

7. [gedaagde partij] zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

De beslissing

De kantonrechter

veroordeelt [gedaagde partij] om aan Labyrinth te betalen € 611,39, vermeerderd met de wettelijke rente over € 592,05 vanaf 23 januari 2008 tot de dag der algehele voldoening,

veroordeelt [gedaagde partij] in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van Labyrinth bepaald op € 78,80 aan dagvaardingskosten, € 153,- aan vastrecht en € 100,- aan salaris gemachtigde,
verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,
wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. J.W.M. Tromp en in het openbaar uitgesproken op 4 juli 2008.

Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2008
Online wiethandel
LJN-nummer BD7012

Strafrecht, art. 3b lid 1 Opiumwet, art. 10 lid 2 Opiumwet, online coffeeshop, openbaarmaking

Artikel 3b van de Opiumwet strekt ertoe openbaarmakingen, die er kenmerkend op gericht zijn de verkoop van een verdovend middel te bevorderen, te verbieden. Een website bevat mededelingen waarvan door het publiek op eenvoudige wijze kennis kan worden genomen, zo ook de website [website1].nl. Deze website beoogde de (ver)koop van softdrugs via het internet te faciliteren. De website is daarmee een openbaarmaking in de zin van artikel 3b van de Opiumwet. De rechtbank deelt, zoals hiervoor reeds overwogen, het standpunt van verdachte dat zijn webwinkel op één lijn moet worden gesteld met een fysieke coffeeshop niet, zodat het beroep van verdachte op hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 25 mei 2004 reeds om die reden toepassing mist. (...)

Met het opzetten van een internetcoffeeshop heeft verdachte zich doelbewust onttrokken aan het overheidsbeleid, dat er op gericht is om de verspreiding van softdrugs zo gecontroleerd mogelijk te laten verlopen via fysieke coffeeshops. Het baart de rechtbank zorgen dat verdachte na de eerdere veroordeling op een dergelijke eigenzinnige wijze heeft beoogd de door hem gesignaleerde problemen rondom de aan- en verkoop van softdrugs (in zijn visie: de overlast, de oncontroleerbaarheid) op te lossen door een betrekkelijk grootschalige handel via het internet op te zetten, zonder zich te bekommeren om de bestaande regulering daarvan, die de uitkomst is van een langdurig maatschappelijk debat.

De rechtbank heeft er oog voor dat verdachte zijn best gedaan heeft om zijn markt te bepalen en niet aan minderjarigen te verkopen. Echter juist door de gekozen wijze van levering van softdrugs en het gebrekkige systeem van identiteitscontrole heeft hij het risico genomen dat minderjarigen wel degelijk bij hem softdrugs konden kopen. Ook is gebleken dat verdachte ondanks de gestelde eigen controle daarop niet altijd heeft kunnen voorkomen dat per dag meerdere bestellingen aan dezelfde klant werden geleverd.

VONNIS

De rechtbank 's-Gravenhage heeft op grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting het navolgende vonnis gewezen in de zaak van de officier van justitie tegen de verdachte:

[verdachte],
geboren te [geboorteplaats],
adres: [adres]
thans gedetineerd in de penitentiare inrichting Haaglanden, Penitentiair Centrum
Scheveningen, unit 2 te Den Haag.

1. Het onderzoek ter terechtzitting

Het onderzoek is gehouden ter terechtzitting van 26 juni 2008.
De rechtbank heeft kennis genomen van de vordering van de officier van justitie
mr. M. Egberts en van hetgeen door de verdachte en diens raadvrouw mr. E.J.
Huisman, advocaat te 's-Gravenhage, naar voren is gebracht.

2. De tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

1. hij op meerdere/een tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 mei 2006 tot en met 18 maart 2008 te [P], in elk geval in Nederland meermalen/eenmaal (telkens) in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk heeft geteeld en/of bereid en/of bewerkt en/of verwerkt en/of verkocht en/of afgeleverd en/of verstrekt en/of vervoerd, althans aanwezig heeft gehad (telkens) een hoeveelheid hennep en/of een hoeveelheid van een materiaal bevattende een vast mengsel van hennephars en plantaardige elementen van hennep waaraan geen andere substanties zijn toegevoegd (hashish), zijnde (telkens) hennep en/of hashish, althans (telkens) een middel als bedoeld in de bij die wet behorende lijst II, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;
art 3 ahf/ond A Opiumwet
art 11 lid 4 Opiumwet
2. hij op meerdere/een tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 mei 2006 tot en met 18 maart 2008, te [P], in elk geval in Nederland, (telkens) een openbaarmaking, welke er kennelijk op is gericht de verkoop en/of aflevering en/of verstrekking van (een) middel(en) als bedoeld in artikel 3 van de Opiumwet te bevorderen, heeft verstrekt en/of laten verstrekken en/of verspreid en/of laten verspreiden en/of ter verspreiding in voorraad gehad, immers heeft verdachte, een of meerdere website(s) (onder meer [www.\[website\].nl](http://www.[website].nl)) aangemaakt en/of beheerd en/of op die website('s) hennep en/of hasjesh ter verkoop aangeboden en/of op die website('s) informatie geplaatst over te verkrijgen soorten hennep en/of hasjesh en/of op die website('s) een rekeningnummer vermeld waarop geld gestort kon worden ter verkrijging van die hennep en/of hasjesh;
art 3b lid 1 Opiumwet
art 10 lid 2 Opiumwet
3. hij op of omstreeks 18 maart 2008 te [P] opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 122,6 gram, in elk geval een hoeveelheid van meer dan 30 gram van

een gebruikelijk vast mengsel van hennephars en plantaardige elementen van hennep (hasjiesj), waaraan geen andere substanties waren toegevoegd en/of ongeveer 263,2 gram en/of 5 hennepplanten, in elk geval een hoeveelheid van meer dan 30 gram hennep, zijnde hasjiesj en/of hennep (telkens) een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst II, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;

art 3 ahf/ond C Opiumwet

art 11 lid 2 Opiumwet

4. hij in of omstreeks de periode van 8 november 2002 tot 18 maart 2008 te [P] tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen een hoeveelheid elektriciteit, in elk geval enig goed, geheel of ten dele toebehorende aan Eneco Energie Services B.V., in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte en/of zijn mededader(s), zulks na zich de toegang tot de plaats des misdrijs te hebben verschafte en/of die/dat weg te nemen elektriciteit onder zijn/hun bereik te hebben gebracht door middel van braak, verbreking, te weten door het verbreken van de verzegeling van de hoofdaansluitkast;

art 310 Wetboek van Strafrecht

art 311 lid 1 ahf/sub 4 Wetboek van Strafrecht

art 311 lid 1 ahf/sub 5 Wetboek van Strafrecht

3. De dagvaarding, de bevoegdheid van de rechtbank, de ontvankelijkheid van de officier van justitie en schorsing van de vervolging

De rechtbank heeft vastgesteld dat de dagvaarding geldig is en dat zij bevoegd is tot kennisneming van de zaak.

De ontvankelijkheid van de officier van justitie

Vast staat dat verdachte gedurende langere tijd softdrugs heeft verkocht via de door hem beheerde internetwinkel [website].nl.

Het standpunt van de verdediging

De verdediging heeft de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie bepleit. Daartoe is allereerst aangevoerd dat de webwinkel van verdachte op één lijn moet worden gesteld met een fysieke coffeeshop en dat verdachte, nu hij handelde conform de AHOJG-criteria, in de veronderstelling verkeerde dat zijn webwinkel onder het gedoogbeleid van het Openbaar Ministerie (OM) valt. Om die reden komt de officier van justitie geen vervolgingsrecht toe.

Ten tweede heeft de verdediging aangevoerd dat verdachte er op mocht vertrouwen dat zijn webwinkel werd gedoogd, omdat het OM al jarenlang wist dat verdachte via internet softdrugs verkocht en daar nooit eerder tegen is opgetreden. In dit verband heeft verdachte er op gewezen dat hij in 2006 al onderwerp was van een strafrechtelijk onderzoek, waarin hij meermalen uitgebreid is verhoord

over onder andere zijn handel in softdrugs via [website].nl. Hiervan is toen een dossier opgemaakt, maar verdachte is niet voor deze handel vervolgd en de website is niet uit de lucht gehaald (wel is verdachte op grond van genoemd onderzoek vervolgd en veroordeeld voor hennepteelt). Het OM heeft aldus bij verdachte het gerechtvaardigd vertrouwen opgewekt dat verdachtes handelingen werden gedoogd en derhalve niet strafbaar zijn. Nu verdachte, twee jaar later, alsnog wordt vervolgd, heeft het OM het vertrouwensbeginsel geschonden. Deze schending kan niet meer worden hersteld en ook op die grond dient de officier van justitie niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Het standpunt van de officier van justitie

Volgens de officier van justitie stelt verdachte zich ten onrechte op het standpunt dat de verkoop van softdrugs via de website [website].nl op één lijn moet worden gesteld en op gelijke voet moet worden beoordeeld als een (gedoogde) fysieke coffeeshop. Vooropgesteld moet worden dat een ‘gedoogbeleid van het OM’, zoals door de verdediging bedoeld, als zodanig niet bestaat. Het OM gaat ten aanzien van de handel in en het gebruik van softdrugsproducten er vanuit dat het in beginsel niet aan het OM, maar aan de individuele gemeenten is om een coffeeshopbeleid te ontwikkelen. Het zijn dan ook de gemeenten die bepalen dat er wel of niet binnen de gemeentegrenzen coffeeshops mogen zijn en zo ja, onder welke (bestuursrechtelijke) voorwaarden. De vervolgingsrichtlijn van het OM luidt in hoofdlijnen dat het OM een coffeeshop die zich houdt aan die gemeentelijke voorwaarden en zich daarnaast strikt houdt aan de AHOJG-criteria (die onderdeel vormen van de Aanwijzing Opiumwet van het College van PG’s), niet zal vervolgen.¹ Bij de beslissing om wel of niet te vervolgen speelt dus niet alleen een rol of een coffeeshop(houder) aan de AHOGJ-criteria voldoet, maar ook of hij de bestuursrechtelijke voorwaarden van de gemeente naleeft. Het coffeeshopbeleid van de gemeente [P] ziet – net als het beleid van de overige gemeentes – alleen op fysieke verkoop in coffeeshops, gevestigd in de eigen gemeente. De reden daarvan is dat de gemeente via de politie ter plekke kan controleren op de naleving van de voorwaarden, bijvoorbeeld met betrekking tot de verkoop aan uitsluitend meerderjarigen, de verkochte hoeveelheden en de omvang van de handelsvoorraad. Deze noodzakelijke controle is bij een internetcoffeeshop niet mogelijk en internetcoffeeshops vallen daarom niet onder het gedoogbeleid van de gemeente [P], noch onder enig ander gedoogbeleid in Nederland. De onmogelijkheid van controle leidt dan ook tot een algeheel verbod van handel in softdrugs via internet.

De officier van justitie heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat de vervolging van verdachte voor feiten die het OM al langere tijd bekend zijn, in dit geval

1. De AHOJG criteria staan in de richtlijn van het OM en betekenen dat het verboden is te Affichereren, Harddrugs te verhandelen, Overlast te veroorzaken, Jeugdigen onder de 18 jaar in de coffeeshop te laten of aan hen te verkopen en Grote hoeveelheden te verhandelen (niet meer dan 5 gram per transactie) of op voorraad te hebben (niet meer dan 500 gram).

niet leidt tot een schending van het vertrouwensbeginsel. De conclusie van verdachte dat zijn handelen gedoogd werd en derhalve niet strafbaar zou zijn, is onjuist. Het OM heeft geen mededelingen gedaan aan verdachte waaruit hij kon en mocht afleiden dat hij terzake de handel van softdrugs via het internet niet zou worden vervolgd. Het OM heeft dan ook geen te beschermen vertrouwen bij verdachte opgewekt, en evenmin zijn er andere beginselen van een goede procesorde geschonden.

Het beroep op de niet-ontvankelijkheid van het OM dient dan ook te worden verworpen.

Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank verworpt het verweer van de raadsman en overweegt daartoe als volgt.

In de Aanwijzing Opiumwet van het OM staat in paragraaf 2.2.2. dat in beginsel tegen coffeeshops die op grond van het lokale driehoeksoverleg worden gedoogd en die zich houden aan de AHOGJ-criteria, niet strafrechtelijk zal worden opgetreden. In dezelfde paragraaf staat dat dit, vanuit een oogpunt van beheersbaarheid en controleerbaarheid, nadrukkelijk niet geldt voor verkoop van softdrugs in bijvoorbeeld cafés, winkels of afhaalcentra, via een koeriers- of taxibedrijf, een 06-nummer, postorderbedrijf of anderszins'.² Uit deze tekst blijkt duidelijk dat het niet is toegestaan softdrugs langs andere kanalen dan coffeeshops te verkopen. Verdachte had dus kunnen begrijpen dat de verkoop via een online coffeshop, die naar het oordeel van de rechtbank qua bedrijfsopzet vrijwel gelijk te stellen is met een postorderbedrijf, evenmin is toegestaan. Bovendien blijkt uit de tekst van de Aanwijzing dat verdachte zich had moeten informeren over het gemeentelijk gedoogbeleid in [P]. Als hij dat had gedaan, had hij kunnen weten dat ook het coffeshopbeleid in [P] enkel betrekking heeft op fysieke coffeeshops en niet op online coffeeshops. Achtergrond van die regeling is dat alleen bij fysieke coffeeshops de politie kan controleren of de verkoop uitsluitend meerderjarigen geschiedt en of de verkochte hoeveelheden en de handelsvoorraad binnen de toegestane grenzen blijven. Overigens is er in Nederland geen enkele gemeente die online coffeeshops toestaat.

Verdachte heeft ter zitting erkend dat van de zijde van het OM geen toezegging van niet-vervolgning is uitgegaan en dat hij aan het uitblijven van een vervolgingsbeslissing van het OM zelf de conclusie heeft verbonden dat hij dan wel niet strafbaar handelde. Het enkele uitblijven van vervolgning geldt niet als een (stilzwijgende) instemming van het OM met het handelen van verdachte, waaraan verdachte rechten kan ontlelen.

Er zijn ten slotte geen redenen voor schorsing van de vervolging.

2. Aanwijzing Opiumwet Openbaar Ministerie dd. 1-1-2001, paragraaf 2.2.2.

4. Het bewijs

4.1 De rechtbank gaat, gelet op de inhoud van het dossier en het verhandelde ter terechtzitting, uit van de volgende feiten

Verdachte heeft zich in de periode van 22 september 2006, toen hij uit detentie kwam, tot en met 18 maart 2008, de dag van zijn aanhouding, bezig gehouden met de verkoop van hennep en hashish via een internetwinkel, genaamd [website1].nl. Deze website was door hem gebouwd en werd door hem beheerd.

Op deze website konden potentiële klanten informatie vinden over beschikbare producten en de actuele prijzen daarvan en vervolgens online een bestelling plaatsen. Nadat via de bank een betaling was ontvangen, verstuurde verdachte de bestelde hoeveelheid hennep, hashish of voorgerolde joints via de post naar het opgegeven adres. Verdachte exploiteerde daarnaast ook een 4-tal andere websites. De website [website2].in werkte als ‘backup’- site om de softdrugs te verkopen voor het geval dat [website1].nl uit de lucht was. Via de websites [website3].nl, [website4].nl en [website5].nl verkocht verdachte onder meer zaden voor het telen van hennepplanten. Bezoekers konden via deze sites rechtstreeks doorklikken naar [website1].nl en [website2].in om hennep of hashish te bestellen.³

Verdachte verstuurde de verdovende middelen vanuit de adressen [adres1] en [adres2].⁴ Het bankrekeningnummer dat op [website1].nl werd vermeld ter betaling van de bestellingen was: [nummer]. Deze rekening staat op naam van de Stichting [stichting], van welke stichting verdachte enig bestuurder is. Op deze rekening is een groot aantal bijschrijvingen aangetroffen die betalingen voor hennepproducten betroffen.⁵

Verbalisanten van de politie Haaglanden hebben, met de vereiste toestemming, gebruik gemaakt van de bijzondere opsporingsmethode van pseudokoop en op 4, 7 en 8 maart 2008 een aantal hoeveelheden hennep bij [website1].nl besteld en vervolgens van verdachte opgestuurd gekregen. De producten die op 12 maart 2008 werden ontvangen, zijn onderzocht door narcotica-experts van de politie Haaglanden. Deze producten bleken Nederwiet te bevatten.⁶

Voor de exploitatie van de website [website1].nl onderhield verdachte een handelsvoorraad.⁷ Tijdens de doorzoeking door de rechter-commissaris op 18 maart 2008 zijn in de woning aan de [adres2] 174,5 gram hennep, 5 hennepplanten en

3. Zaak dossier 1, verdachtenverhoor 1, dd. 18 maart 2008, PL 15K1/2008/0369, p. 2-3, verklaring van verdachte ter terechtzitting dd. 26 juni 2008.

4. Zaak dossier 1, ambtshandeling 1, proces-verbaal van observatie dd. 3 maart 2008, PL15K1/2008/369, p. 2-3, zaak dossier 1, ambtshandeling 2, proces-verbaal van observatie dd. 4 maart 2008, 2008-03-04.A, p. 2.

5. Zaak dossier 1, ambtshandeling 5, proces-verbaal van bevindingen dd. 11 maart 2008, PL15K1/2008/369, p. 1-2.

6. Zaak dossier 1, ambtshandeling 4, proces-verbaal pseudokoop dd. 14 maart 2008, p. 2-3 en zaak dossier 1, ambtshandeling 8, proces-verbaal narcotica-experts dd. 17 maart 2008, p. 1-2.

7. Zaak dossier 1, verdachtenverhoor 2, dd. 18 maart 2008, PL 15K1/2008/0369, p. 8.

122,6 gram hashish aangetroffen.⁸ In de woning aan de [adres 1] werd 288,7 gram hennep aangetroffen.⁹

Verdachte heeft, nadat de levering van elektriciteit en gas door Eneco op het perceel [adres 1] op 8 november 2002 was beëindigd, de verzegeling van hoofdaansluitkast verbroken en de elektriciteitsmeter zelf weer aangesloten. Deze verbreking en heraansluiting zijn geconstateerd op 18 maart 2008. Eneco Netbeheer B.V. heeft een optelling gemaakt van de niet betaalde energiekosten.¹⁰

4.2 Het standpunt van de officier van justitie

De officier van justitie heeft aangevoerd dat feit 1 wettig en overtuigend bewezen kan worden, te weten dat verdachte zich op meerdere tijdstippen in de periode van 9 mei 2006 tot en met 18 maart 2008 schuldig heeft gemaakt aan de handel in softdrugsproducten (hennep, hashish en joints).

Ook feit 2 op de tenlastelegging acht de officier van justitie wettig en overtuigend bewezen. Het plaatsen van een prijslijst, een overzicht van softdrugsproducten en een bestelformulier op de website is aan te merken als een openbaarmaking als bedoeld in artikel 3b van de Opiumwet. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 25 mei 2004.¹¹ Verdachte heeft zich aldus met de website [website1].nl aan overtreding van artikel 3b van de Opiumwet schuldig gemaakt. Met het zoekprogramma Google was de site [website1].nl immers zeer gemakkelijk te vinden en konden via een paar muisklikken softdrugs via de website worden gekocht.

Feit 3 acht de officier van justitie wettig en overtuigend bewezen, gelet op de in de panden aangetroffen goederen en de verklaringen van de verdachte hierover.

Feit 4 acht de officier van justitie eveneens wettig en overtuigend bewezen, nu verdachte dit feit heeft bekend en door Eneco fraude met de elektriciteitsmeter is geconstateerd.

4.3 Het standpunt van de verdediging

De verdediging heeft vrijspraak van het onder 1 tenlastegelegde bepleit voor wat betreft de periode 9 mei 2006 tot en met 22 september 2006, omdat verdachte in deze periode gedetineerd zat. Ook heeft de verdediging vrijspraak bepleit met betrekking tot het bestanddeel 'telen' in de tenlastelegging, nu op grond van de beleidsregels van het Openbaar Ministerie inzake de Opiumwet de vijf aangetroffen hennepplanten moeten worden gedoogd.

Met betrekking tot feit 2 is de verdediging van mening dat eveneens vrijspraak moet volgen, nu geen sprake is van openbaarmaking zoals bedoeld in artikel 3b

8. Zaak dossier 1, ambtshandeling 10, proces-verbaal bevindingen, dd. 19 maart 2008, PL 15K1/2008/0369-N-2, p. 1-3.

9. Zaak dossier 1, ambtshandeling 11, proces-verbaal bevindingen, dd. 19 maart 2008, PL 15K1/2008/0369-N-1, p. 1-2.

10. Zaak dossier 3, verdachtenverhoor 1, dd. 18 maart 2008, PL 15K1/2008/0369, p. 3 en zaak dossier 3, proces-verbaal van aangifte dd. 26 maart 2008, p. 9.

11. LJN: AO6423

van de Opiumwet. Verdachte stelt zich op het standpunt dat hij slechts “in” zijn (web)winkel een prijslijst heeft opgehangen, net zoals in fysieke coffeeshops een prijslijst hangt en mag hangen. Nu de website en de winkel één zijn, wordt er geen reclame gemaakt en is dus sprake van een andere situatie dan die in het arrest van de Hoge Raad van 25 mei 2004 aan de orde was; in die zaak ging het om een fysieke coffeeshop die op internet een prijslijst en menu’s had geplaatst.¹² Buiten zijn webwinkel heeft verdachte niet op enigerlei verwezen naar zijn webwinkel. Ten aanzien van feit 3 stelt de verdediging dat niet duidelijk is hoe de officier van justitie tot de berekening van de in de tenlastelegging genoemde hoeveelheden hennep en hashish is gekomen. Daarnaast is de verdediging van mening dat verdachte in elk geval niet meer dan 500 gram aan handelsvoorraad heeft gehouden, zodat de in beslag genomen hoeveelheid drugs valt onder het gedoogbeleid en vrijspraak dient te volgen.

Terzake van feit 4 refereert de verdediging zich aan het oordeel van de rechtbank.

4.4 De beoordeling van de tenlastelegging

De rechtbank acht niet bewezen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het onder 1 tenlaste gelegde, voor zover dit betreft de periode van 9 mei 2006 tot en met 22 september 2006. In deze periode was verdachte immers gedetineerd en kan hij niet in staat zijn geweest via zijn webwinkel softdrugs te verkopen. De rechtbank acht wel bewezen dat verdachte zich in de periode van 22 september 2006, dat is na zijn vrijlating, tot en met 18 maart 2008 schuldig heeft gemaakt aan het verkopen en afleveren van hennep en hashish. Verdachte heeft dit feit ook bekend.

De rechtbank acht feit 2 eveneens wettig en overtuigend bewezen. Artikel 3b van de Opiumwet strekt ertoe openbaarmakingen, die er kennelijk op gericht zijn de verkoop van een verdovend middel te bevorderen, te verbieden. Een website bevat mededelingen waarvan door het publiek op eenvoudige wijze kennis kan worden genomen, zo ook de website [website1].nl. Deze website beoogde de (ver)koop van softdrugs via het internet te faciliteren. De website is daarmee een openbaarmaking in de zin van artikel 3b van de Opiumwet. De rechtbank deelt, zoals hiervoor reeds overwogen, het standpunt van verdachte dat zijn webwinkel op één lijn moet worden gesteld met een fysieke coffeeshop niet, zodat het beroep van verdachte op hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 25 mei 2004 reeds om die reden toepassing mist.

De verdediging heeft voorts aangevoerd dat verdachte buiten de webwinkel niet heeft verwezen naar zijn online coffeeshop. De rechtbank constateert dat dit feitelijk wel is gebeurd, namelijk door hyperlinks te plaatsen op andere websites van verdachte (o.a [website4].nl), via welke men direct kon doorklikken naar [website1].nl.

12. LJN: AO6423

Het verweer van verdachte dat de website geen openbaarmaking is als bedoeld in artikel 3b van de Opiumwet wordt derhalve verworpen.

Ook feit 3 is bewezen. Tijdens de onderzoeken in de woningen van verdachte is in totaal 463,2 gram hennep en 122,6 gram hashish aangetroffen. Nu het tenlastegelegde aantal grammen hennep lager is, 263,2 gram, zal de rechtbank dit lagere gewicht bewezen verklaren.

Ook feit 4 acht de rechtbank wettig en overtuigend bewezen, gelet op de verklaringen van verdachte ter terechtzitting en de aangifte van Eneco B.V.

4.5 De bewezenverklaring

1. hij in de periode van 22 september 2006 tot en met 18 maart 2008 te [P] meermalen (telkens) in de uitoefening van een bedrijf opzettelijk heeft verkocht en afgeleverd een hoeveelheid hennep en een hoeveelheid van een materiaal bevattende een vast mengsel van hennephars en plantaardige elementen van hennep waaraan geen andere substanties zijn toegevoegd (hasjiesj), zijnde hennep en hasjiesj, middelen als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst II;
2. hij in de periode van 1 mei 2006 tot en met 18 maart 2008, te [P] (telkens) een openbaarmaking, welke er kennelijk op is gericht de verkoop of aflevering van middelen als bedoeld in artikel 3 van de Opiumwet te bevorderen, heeft gedaan, immers heeft verdachte websites (onder meer [www.\[website1\].nl](http://www.[website1].nl)) aangemaakt en beheerd en op die websites hennep en hasjiesj ter verkoop aangeboden en op die websites informatie geplaatst over te verkrijgen soorten hennep en hasjiesj en op die websites een rekeningnummer vermeld waarop geld gestort kon worden ter verkrijging van die hennep en hasjiesj;
3. hij op 18 maart 2008 te [P] opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 122,6 gram van een gebruikelijk vast mengsel van hennephars en plantaardige elementen van hennep (hasjiesj), waaraan geen andere substanties waren toegevoegd en ongeveer 263,2 gram hennep en 5 hennepplanten, zijnde hasjiesj en hennep middelen als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst II;
4. hij in de periode van 8 november 2002 tot 18 maart 2008 te [P] met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen een hoeveelheid elektriciteit, toebehorende aan Eneco Energie Services B.V., zulks na die weg te nemen elektriciteit onder zijn bereik te hebben gebracht door middel van verbreking, te weten door het verbreken van de verzegeling van de hoofdaansluitkast.

5. De strafbaarheid van de feiten

Er zijn geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de feiten uitsluiten. Dit levert de in de beslissing genoemde strafbare feiten op.

6. De strafbaarheid van de verdachte

De verdediging heeft zich, op grond van dezelfde argumenten die zij aan het beroep op de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie ten grondslag heeft gelegd, op het standpunt gesteld dat verdachte een beroep op de strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' toekomt.

De officier van justitie heeft, naast hetgeen hij reeds omtrent het verweer terzake zijn ontvankelijkheid naar voren heeft gebracht, betoogd dat de onjuiste lezing en interpretatie van de regelgeving door verdachte niet kan leiden tot een verontschuldigbare dwaling omtrent het recht, danwel een geslaagd beroep op afwezigheid van alle schuld. De officier van justitie heeft in dit verband ook nog verwezen naar een tapesprek met ene [naam] waarin verdachte aangeeft te weten dat wat hij doet illegaal is en te verwachten dat hij ook hiervoor wel weer vervolgd zal worden.

De rechtbank overweegt als volgt.

Verdachte heeft een zelfstandige verplichting om te voldoen aan de bestaande wet- en regelgeving. Hij heeft nagelaten deskundig advies in te winnen over de reikwijdte, strekking of betekening van die wet- en regelgeving. Onder die omstandigheden is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van verontschuldigbare onbewustheid bij verdachte ten aanzien van de ongeoorloofdheid van de hem verweten gedragingen.¹³ Het verweer wordt daarom verworpen.

Verdachte is strafbaar aangezien niet is gebleken van omstandigheden die zijn strafbaarheid uitsluiten.

7. De straf/maatregel

7.1 De vordering van de officier van justitie

De officier van justitie heeft gevorderd dat verdachte wordt veroordeeld tot 10 maanden gevangenisstraf, met aftrek van de tijd die in voorarrest is doorgebracht. Ter zitting heeft de officier aangegeven daarbij geen rekening te hebben gehouden met het nieuwe regime Voorwaardelijke Invrijheidsstelling, dat met ingang van 1 juli 2008 van kracht is geworden. De officier van justitie neemt in overweging, ten voordele van verdachte, dat verdachte er actief naar heeft gestreefd om niet aan minderjarigen te verkopen en, ten nadele van verdachte, dat verdachte meermalen meerdere pakketjes per dag heeft verkocht aan eenendezelfde persoon en dat hij zich, met zijn voornemen om op enig moment in één keer twee kilo drugs in te kopen, klaarblijkelijk niet steeds aan de maximaal toegestane handelsvoorraad van 500 gram wenste te houden. Voorts heeft de officier van justitie bij de bepaling van zijn strafeis rekening gehouden met de ernst van de verweten gedragingen en de justitiële documentatie van verdachte.

13. HR 31 oktober 2006, LJN AY8322

7.2 Het standpunt van de verdediging

De verdediging stelt zich op het standpunt dat er bij de strafoplegging rekening mee dient te worden gehouden dat niet alle via de website binnengekomen bestellingen ook daadwerkelijk tot een levering hebben geleid. Ongeveer één op de vier bestellingen betrof een foutieve bestelling.

7.3 Het oordeel van de rechtbank

Na te melden straf is in overeenstemming met de feiten, de omstandigheden waaronder deze zijn begaan en de persoonlijke omstandigheden van verdachte zoals daarvan tijdens het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

Voorts wordt in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

Nadat verdachte in augustus 2006 tot gevangenisstraf werd veroordeeld voor hennepenteelt, heeft hij zich na het uitzitten van die straf, direct opnieuw met de handel van softdrugs ingelaten. Verdachte heeft zich gedurende anderhalf jaar schuldig gemaakt aan de handel in softdrugs via het internet. Met het opzetten van een internetcoffeeshop heeft hij zich doelbewust onttrokken aan het overheidsbeleid, dat er op gericht is om de verspreiding van softdrugs zo gecontroleerd mogelijk te laten verlopen via fysieke coffeeshops. Het baart de rechtbank zorgen dat verdachte na de eerdere veroordeling op een dergelijke eigenzinnige wijze heeft beoogd de door hem gesignaleerde problemen rondom de aan- en verkoop van softdrugs (in zijn visie: de overlast, de oncontroleerbaarheid) op te lossen door een betrekkelijk grootschalige handel via het internet op te zetten, zonder zich te bekommeren om de bestaande regulering daarvan, die de uitkomst is van een langdurig maatschappelijk debat.

De rechtbank heeft er oog voor dat verdachte zijn best gedaan heeft om zijn markt te bepalen en niet aan minderjarigen te verkopen. Echter juist door de gekozen wijze van levering van softdrugs en het gebrekkige systeem van identiteitscontrole heeft hij het risico genomen dat minderjarigen wel degelijk bij hem softdrugs konden kopen. Ook is gebleken dat verdachte ondanks de gestelde eigen controle daarop niet altijd heeft kunnen voorkomen dat per dag meerdere bestellingen aan dezelfde klant werden geleverd.

De rechtbank acht de door de officier van justitie gevorderde straf passend en geboden. Materieel gezien zal de rechtbank de eis van de officier van justitie dan ook volgen. De rechtbank houdt echter wel rekening met de nieuwe regeling Voorwaardelijke Invrijheidsstelling zoals die op de datum van dit vonnis van kracht is, waardoor de straf nominaal lager uitkomt.

LET OP NUMMERING: WAAR IS 8??????????????????

9. De inbeslaggenomen goederen

De officier van justitie heeft gevorderd dat alle inbeslaggenomen goederen worden verbeurd verklaard. Voorts heeft hij gevorderd dat de gegevens van vier websites van verdachte, te weten [website1].nl, [website2].in, [website3].nl en [website 4].nl, welke gedurende het onderzoek ex artikel 125o Wetboek van Straf-

vordering (Sv) ontoegankelijk zijn gemaakt, op grond van artikel 354 Sv worden vernietigd.

De verdediging heeft bepleit dat indien verdachte schuldig wordt bevonden aan het onder feit 1 en 2 tenlastegelegde, alleen de sites [website1].nl en [website2].in worden vernietigd, nu met de andere sites geen strafbare feiten werden gepleegd. De rechtbank is van oordeel dat de in beslag genomen voorwerpen, zoals vermeld op de beslaglijst onder nummer 8 t/m 67, verbeurd dienen te worden verklaard. Uit het onderzoek op de terechtzitting is gebleken dat de bewezen verklaarde feiten met behulp van die voorwerpen, die aan verdachte toebehoren, zijn begaan. Ten aanzien van de gevorderde vernietiging van de gegevens op de websites van verdachte oordeelt de rechtbank dat kan worden volstaan met vernietiging van de (reeds ontoegankelijk gemaakte) gegevens op de websites [www.\[website1\].nl](#) en [www.\[website2\].in](#). Met deze twee websites zijn de door verdachte begane strafbare feiten gepleegd. Vernietiging is noodzakelijk ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten. Vernietiging van de gegevens op [www.\[website 4\].nl](#) en [www.\[website 3\].nl](#) acht de rechtbank niet noodzakelijk, nu de op deze sites aanwezige hyperlinks naar [website1].nl en [website2].in, na vernietiging van de gegevens op die sites, niet meer tot nieuwe strafbare feiten kunnen leiden.

10. De vordering tenuitvoerlegging

10.1 De vordering van de officier van justitie

De officier van justitie heeft gevorderd dat de voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één maand, die verdachte in de strafzaak 09/535308-06 bij vonnis dd. 21 augustus 2006 is opgelegd, ten uitvoer wordt gelegd.

10.2 Het standpunt van de verdediging

De verdediging verzoekt de vordering af te wijzen, omdat verdachte er van overtuigd was dat zijn handelen niet strafbaar was. Subsidiair verzoekt de verdediging de proeftijd te verlengen.

10.3 Het oordeel van de rechtbank

De vordering is gegrond, nu is komen vast te staan dat verdachte zich direct nadat hij het onvoorwaardelijk deel van zijn gevangenisstraf had uitgezeten, tijdens zijn proeftijd (die nog loopt tot 4 september 2008) opnieuw schuldig heeft gemaakt aan soortgelijke strafbare feiten. Daarom behoort in beginsel de gevorderde tenuitvoerlegging te worden gelast. De rechtbank acht geen gronden aanwezig om in dit geval anders te beslissen.

11. De toepasselijke wetsartikelen

De op te leggen straf is gegrond op de artikelen:

- 14g, 33, 33a, 57, 63, 310, 311 van het Wetboek van Strafrecht;
- 354 van het Wetboek van Strafvordering
- 3, 3b, 10, 11, 13a van de Opiumwet, en de daarbij behorende lijst II.

12. De beslissing

verklaart wettig en overtuigend bewezen, dat de verdachte de bij dagvaarding onder 1, 2, 3 en 4 tenlastegelegde feiten heeft begaan en dat het bewezenverklaarde uitmaakt:

ten aanzien van feit 1:

in de uitoefening van een bedrijf opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, onder B, van de Opiumwet gegeven verbod

ten aanzien van feit 2:

opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 3b, eerste lid, van de Opiumwet gegeven verbod

ten aanzien van feit 3:

opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3 onder C van de Opiumwet gegeven verbod, meermalen gepleegd

ten aanzien van feit 4:

diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van verbreking

verklaart het bewezen verklaarde en de verdachte deswege strafbaar.

veroordeelt de verdachte tot: een gevangenisstraf voor de duur van zeven maanden;

bepaalt dat de tijd, door de veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht, bij de tenuitvoerlegging van het onvoorwaardelijk gedeelte van de hem opgelegde gevangenisstraf geheel in mindering zal worden gebracht;

in verzekering gesteld op: 18 maart 2008

in voorlopige hechtenis gesteld op: 21 maart 2008

bepaalt dat de inbeslaggenomen goederen zoals vermeld op de aan dit vonnis gehechte beslaglijst, genummerd van 8 tot en met 67, verbeurd worden verklaard; gelast dat de ontoegankelijk gemaakte gegevens op de websites [www.\[website1\].nl](http://www.[website1].nl) en [www.\[website1\].in](http://www.[website1].in) worden vernietigd;

gelast dat de ontoegankelijk gemaakte gegevens op de websites [www.\[website4\].nl](http://www.[website4].nl) en [www.\[website3\].nl](http://www.[website3].nl) weer ter beschikking van verdachte worden gesteld.

gelast de tenuitvoerlegging van één maand gevangenisstraf, voorwaardelijk opgelegd in de strafzaak 09/535308-06 bij vonnis dd. 21 augustus 2006.

Dit vonnis is gewezen door
mrs. R. Elkerbout, voorzitter,
J.W. Bockwinkel en H.N. Pabbruwe, rechters,
in tegenwoordigheid van mr S.L.M. Staals, griffier,
en uitgesproken ter openbare terechtzitting van deze rechtbank van 10 juli 2008.

Hof Amsterdam 21 juli 2008
Accountant
LJN-nummer BD9027

Strafrecht, art. 12 procedure, eer en goede naam, vrijheid van meningsuiting, art. 8 EVRM, art. 10 EVRM

Beklaagde, gemeenteraadslid, had zich in een brief (aan het bestuur van een gemeenschappelijke regeling) in negatieve zin uitgelaten over een accountant (klager) in het kader van een uitbestede opdracht. Uitlatingen worden onderbouwd met berichten van internet. De gewraakte brief is ook op internet gepubliceerd. Klager heeft aangifte gedaan van smaad, smaad-schrift en laster, en komt nu op tegen de beslissing van het OM om niet te vervolgen.

Het Hof constateert dat er sprake is van een botsing van fundamentele rechten: het recht van klager op bescherming van zijn eer en goede naam (art. 8 EVRM) en het recht van beklaagde op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).

Bij de beantwoording van de vraag welk recht voorrang geniet, dient in eerste instantie het recht op vrije meningsuiting, zeker als het gaat om een politiek debat, boven het recht op eer en goede naam te worden gesteld. In een levendige democratische samenleving behoort een politicus, temeer als hij tot de oppositie behoort, in vrijheid zijn mening te kunnen verkondigen bij het uitoefenen van controle op overheidsorganen of bij het aan de kaak stellen van maatschappelijke misstanden. Tot die categorie uitingen behoort onmiskenbaar hetgeen beklaagde in zijn brief aan de orde heeft willen stellen, waardoor zijn kritiek een legitiem doel dient. Dit impliceert dat aan het recht van anderen, zoals het recht op eer en goede naam, pas dan boven het recht op politieke uitingsvrijheid voorrang mag worden verleend, indien bij het doen van openbare uitlatingen de (beperkte) wettelijke en verdragsrechtelijke grenzen, die aan de uitingsvrijheid zijn gesteld, ernstig worden overschreden, op grond waarvan een rechterlijke beperking van de uitingsvrijheid noodzakelijk kan zijn. Van een dergelijke ernstige overschrijding kan, in de afweging tussen het recht van een individu en het

publieke belang, eerst sprake zijn indien door een politicus bij het doen van zijn openbare uitlatingen grove onzorgvuldigheid is betracht.

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
EERSTE MEERVOUDIGE STRAFKAMER

Beschikking van 21 juli 2008 op het beklag met rekestnummers K07/0334 en K08/0089 van

[klager]

1. Het beklag

De klaagschriften, die op hetzelfde feit betrekking hebben, zijn op 14 september 2007 en 7 maart 2008 door het hof ontvangen. Het beklag richt zich tegen de beslissing van de officier van justitie te Haarlem om geen strafvervolgning in te stellen tegen [beklaagde], ter zake van smaad(schrift) dan wel laster.

2. Het verslag van de advocaat-generaal

Bij verslag van 3 maart 2008 heeft de advocaat-generaal het hof in overweging gegeven het beklag gegrond te verklaren.

3. De voorhanden stukken

Behalve van het klaagschrift en van het verslag heeft het hof kennis genomen van het in deze zaak door de politie opgemaakte proces-verbaal van aangifte en van het ambtsbericht van de (fungerend) hoofdofficier van justitie te Haarlem van 28 november 2007 met de daarbij gevoegde notitie van de parketsecretaris P.E.M. Sluijters.

4. De behandeling in raadkamer

De daartoe aangewezen raadsheer-commissaris heeft klager in de gelegenheid gesteld op 9 mei 2008 zijn beklag toe te lichten. Klager is in raadkamer verschenen en heeft het beklag toegelicht en gehandhaafd.

Voorts heeft de daartoe aangewezen raadsheer-commissaris beklaagde in de gelegenheid gesteld om eveneens op 9 mei 2008 mondeling verweer te voeren. Beklaagde is in raadkamer verschenen en heeft het hof verzocht de klacht af te wijzen.

De advocaat-generaal is bij de behandelingen in raadkamer aanwezig geweest. In hetgeen in raadkamer naar voren is gekomen heeft hij geen aanleiding gevonden de conclusie in het verslag te herzien.

5. De beoordeling van het beklag

Klager heeft op 3 juli 2007 aangifte gedaan van smaad en smaadschrift dan wel laster, gepleegd door beklaagde in de periode van 15 mei 2007 tot en met 3 juli 2007. Klager stelt dat zijn eer en goede naam als directeur van [bureau A] alsmede de naam van [bureau A] door beklaagde is aangerand doordat onwaarheden over hem en over [bureau A] zijn gezegd en gepubliceerd. Daarnaast is [bureau B], waarvan klager als onderzoeker tevens partner is, ook door het handelen van beklaagde in zijn goede naam aangetast.

Volgens klager heeft beklaagde openbaar gemaakt dat klager als registeraccountant zou zijn geschorst, hetgeen niet waar is. Tevens heeft beklaagde openbaar gemaakt dat klager meerdere keren zou zijn berispt. Voorts zijn medewerkers van klager beticht van het stelen van laptops van personen die zij in onderzoek hebben. Beklaagde stelt dat de rechter in een uitspraak de vloer heeft aangeveegd met een rapport van [bureau B], waar klagers naam onder staat. Volgens klager heeft de rechter in die betreffende zaak niets ten nadele van het [rapport van bureau B] uitgesproken.

Klager heeft bij zijn aangifte correspondentie met betrekking tot beklaagde overgelegd. Beklaagde is voorzitter van de fractie van de [partij] in de gemeenteraad te [plaats]. In die hoedanigheid heeft hij een brief met bijlage, gedateerd 14 juni 2007, gericht aan het dagelijks bestuur en het algemeen bestuur van de Gemeenschappelijke regeling genaamd [naam van de Gemeenschappelijke regeling], te [plaats]. In die brief zijn de gewraakte uitlatingen gedaan.

De officier van justitie heeft besloten geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen omdat de kwestie zich eerder leent voor een ander dan strafrechtelijk ingrijpen. Bij deze beslissing heeft de officier van justitie mede in aanmerking genomen dat de bewuste uitlatingen zijn gedaan in het politieke debat. Tegen die beslissing is klager bij het hof in beklag gekomen.

Het hof overweegt als volgt. Beklaagde heeft een politieke kwestie aan een politiek forum voorgelegd: waarom heeft het bestuur van [naam van de gemeenschappelijke regeling] een opdracht uitbesteed aan een commercieel bureau waarvan klager partner is ([bureau B]) en niet aan een ander bureau dat een onderdeel vormt van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG), terwijl het, aldus beklaagde in zijn brief aan het bestuur, ‘veel logischer zou zijn geweest om te kiezen voor de veel goedkopere en uiterst deskundige [bureau A] dat gaarne bereid was geweest (.....) een onderzoek te doen in het belang van een gemeenschappelijke regeling van gemeentes’. In de brief aan het bestuur wordt door beklaagde bovendien als argument aangedragen dat klager als ondertekenaar van het rapport ‘niet bepaald een naam (is) die op het eerste gezicht zou strekken tot aanbeveling’, waarna enkele negatieve kwalificaties betreffende klager en diens achtergrond worden vermeld. Deze kwalificaties worden in een bijlage bij de brief nader toegelicht en zijn gebaseerd op een reeks berichten, ook in de pers, die beklaagde via internet heeft opgevraagd.

In deze beklagzaak staan twee fundamentele rechten tegenover elkaar. Enerzijds het recht van klager op bescherming van zijn eer en goede naam – in het ver-

lengde van zijn recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, bedoeld in art.8, eerste lid, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) -, anderzijds het recht van beklaagde op vrijheid van meningsuiting, eveneens gegarandeerd in het EVRM (art. 10, eerste lid). Eerst dient de reikwijdte van beide conflicterende grondrechten ten opzichte van elkaar te worden vastgesteld voordat in een belangenafweging kan worden nagegaan welk recht het wint van het andere (HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, Het Parool/G-arrest).

Op grond van het tweede lid van art. 10 EVRM kan aan de vrijheid van meningsuiting weliswaar beperkingen worden opgelegd, maar die moeten, ook als zij strekken tot bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, in een democratische samenleving noodzakelijk zijn. In de Europese en Nederlandse rechtspraak is algemeen aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting, zeker van een politicus, doorgaans zwaarder weegt dan het recht op bescherming van iemands eer en goede naam, zij het niet in absolute zin.

Het hof stelt voorop dat inderdaad gezegd kan worden dat klager door de brief van beklaagde in zijn eer en goede naam is aangetast. De gebezigde negatieve kwalificaties zijn naar het oordeel van het hof geschikt om de integriteit van klager in diskrediet te brengen, terwijl integriteit nu juist het terrein omvat dat hij professioneel onderzoekt. Deze vaststelling houdt evenwel nog niet in dat daarmee ook beklaagde's vrijheid van meningsuiting – door de gevraagde strafvervolgning, indien bevolen – mag worden beperkt.

In de gedachtegang van beklaagde doet zich allereerst de vraag voor of hij voor de door hem gebruikte kwalificaties, ook als zij een schending van art.8, eerste lid, EVRM opleveren, in rechte vervolgbaar is. Beklaagde beroept zich tijdens zijn gehoor in raadkamer op het in art. 22 van de Gemeentewet vastgelegde recht op immuniteit met betrekking tot hetgeen in de vergadering van de raad wordt gezegd of aan de raad schriftelijk wordt overgelegd.

Dit verweer gaat naar het oordeel van het hof niet op, reeds hierom niet nu beklaagde zijn brief aan het bestuur, blijkens de vermelding aan het slot, tevens in copie aan “het publiek” heeft verstrekt en op internet heeft geplaatst. Doordat beklaagde zijn brief via internet heeft verspreid, kan die met een perspublicatie worden gelijkgesteld (HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274). De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat een politicus niet door algehele immuniteit beschermd wordt voor uitlatingen in de pers die buiten het parlement en de gemeenteraad zijn gedaan (vgl. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, Gemeenteraadslid-arrest, herhaald in HR 2 april 2002, LJN AD8693), zij het dat de prominente verdragsrechtelijke bescherming van de politieke uitingsvrijheid zich in beginsel ook uitstrekt tot uitingen die buiten de volksvertegenwoordiging zijn gedaan (vgl. EHRM 23 april 1992, Castello vs Spanje, Appl.nr. 11798/85, r.o. 43).

Bij de beantwoording van de vraag welk recht voorrang geniet, dient in eerste instantie het recht op vrije meningsuiting, zeker als het gaat om een politiek debat, boven het recht op eer en goede naam te worden gesteld. In een levendige democratische samenleving behoort een politicus, temeer als hij tot de oppositie behoort, in vrijheid zijn mening te kunnen verkondigen bij het uitoefenen van controle op overheidsorganen of bij het aan de kaak stellen van maatschappelijke

misstanden. Tot die categorie uitingen behoort onmiskenbaar hetgeen beklagde in zijn brief aan de orde heeft willen stellen, waardoor zijn kritiek een legitiem doel dient. Dit impliceert dat aan het recht van anderen, zoals het recht op eer en goede naam, pas dan boven het recht op politieke uitingsvrijheid voorrang mag worden verleend, indien bij het doen van openbare uitlatingen de (beperkte) wettelijke en verdragsrechtelijke grenzen, die aan de uitingsvrijheid zijn gesteld, ernstig worden overschreden, op grond waarvan een rechterlijke beperking van de uitingsvrijheid noodzakelijk kan zijn.

Van een dergelijke ernstige overschrijding kan, in de afweging tussen het recht van een individu en het publieke belang, eerst sprake zijn indien door een politicus bij het doen van zijn openbare uitlatingen grove onzorgvuldigheid is betracht. Om te beoordelen of dat in deze zaak het geval is, overweegt het hof als volgt. Beklaagde heeft in raadkamer verklaard dat hij, voordat hij zijn brief schreef, met een team van medewerkers onderzoek heeft gedaan naar de achtergrond van klager en daarbij onder meer heeft geput uit berichten, ook perspublicaties, die op internet staan. Voorts heeft hij klager en het bekritiseerde bedrijf [bureau B] in de gelegenheid gesteld te reageren op de geuite beschuldigingen, van welke gelegenheid eerst gebruik is gemaakt nadat de brief was uitgegaan. Klager bracht naar voren dat hij zijn kritiek pas op schrift heeft gesteld en in de openbaarheid heeft gebracht, toen hij op zijn vragen van de zijde van het bestuur geen antwoord kreeg.

Hoewel het hof tegen deze achtergrond wil aannemen dat beklagde niet lichtvaardig te werk is gegaan, wekt de door hem samengestelde collage van internetberichten, opgenomen in de bijlage bij zijn brief, niet de indruk dat de wijze van weergave van de berichten met de nodige zorgvuldigheid heeft plaatsgevonden, ook niet in die zin dat hij zelfstandig de inhoud van de internetberichten op hun waarheidsgehalte heeft getoetst. Zo is niet steeds duidelijk van wie de berichten afkomstig zijn, evenmin of er sprake is van waardeoordelen dan wel van concrete feiten waarop de in de brief geuite beschuldigingen zijn gebaseerd, een onderscheid dat van belang is omdat bij het vaststellen van feiten een zorgvuldiger onderzoek is vereist.

Toch acht het hof deze mate van onzorgvuldigheid niet van dien aard dat enkel op grond daarvan de – bij politieke uitingsvrijheid aan te leggen – hoge drempel met betrekking tot een toelaatbare beperking is overschreden. Niet gezegd kan worden dat op grond van de aard en de vorm van de geuite beschuldigingen – gelet op het gewicht van de politieke discussie, de aard van de aangevochten beleidskeuze en het ontbreken van een bestuurlijk antwoord – het individuele recht van klager op eer en goede naam in dit geval zou moeten opwegen tegen het publieke belang dat klager heeft beoogd te dienen.

Nadat het hof hiermee heeft vastgesteld dat een rechterlijke beperking van de uitingsvrijheid door een strafrechtelijke veroordeling niet noodzakelijk is in de zin van art. 10, tweede lid, EVRM, is het daarnaast van oordeel dat de door klager gevraagde strafvervolgning, indien bevolen, ook geen uitzicht biedt op een veroordeling.

In de eerste plaats acht het hof niet bewezen dat beklaagde – zoals vereist voor smaad of smaadschrift (art. 261 Sr) – opzettelijk klagers eer en goede naam heeft willen aantasten, laat staan dat hij dit gedaan zou hebben terwijl hij wist dat de geuite beschuldigingen in strijd met de waarheid waren (laster, art. 262 Sr). Doel van beklaagde was een openbare discussie op gang te brengen over een politiek legitieme kwestie. Daaraan doet niet af dat klager zich daadwerkelijk in zijn eer en goede naam voelt aangetast.

In de tweede plaats kan worden gezegd dat beklaagde aan de ene kant kennelijk het doel had aan zijn beschuldigingen ruchtbaarheid te geven (art. 261 Sr), maar dat dit hem aan de andere kant bezwaarlijk kan worden tegengeworpen, nu hij zijn kritiek grotendeels heeft gebaseerd op openbare bronnen, immers op berichten afkomstig van het voor het publiek toegankelijke internet.

In de derde plaats acht het hof het alleszins aannemelijk dat beklaagde een beroep toekomt op de bijzondere rechtvaardigingsgrond van art. 261, derde lid, Sr: van smaad of smaadschrift kan geen sprake zijn als de beschuldigingen in het algemeen belang nodig waren. Met verwijzing naar rechtspraak van het Europese Hof en de Hoge Raad kan beklaagde zich verweren met het argument dat een politiek legitiem debat in een democratische samenleving een zaak is van algemeen belang.

Op grond van al deze overwegingen heeft het hof, in deze zaak gehouden tot grote terughoudendheid, ernstige twijfel of de verlangde strafvervolgning, indien bevoelen, tot een strafrechtelijke veroordeling zal leiden en voorts of zo'n veroordeling, indien zij al door een rechter zou worden uitgesproken, in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van iemands eer en goede naam. Het hof zal dan ook het beklag afwijzen, waarbij het overigens de vraag, of de geuite beschuldigingen al dan niet op waarheid berusten, uitdrukkelijk in het midden laat.

6. De beslissing

Wijst het beklag af.

Deze beschikking, waartegen geen gewoon rechtsmiddel openstaat, is gegeven op 21 juli 2008 door mrs. T.M. Schalken, J.P. Splint en F.A. Hartsuiker, raadsheren, in tegenwoordigheid van mr. A.M. Westerhout, griffier.

Rb. Assen 22 juli 2008
Ontbreken machtiging 54a Sr
LJN-nummer BD8452 en BD8451

Strafvordering, art. 54a Sr., positie internetprovider, vrijheid van meningsuiting

In onderhavige zaak heeft een derde bij (het bedrijf van) verdachte een webhostingpakket afgenomen om een voor iedereen toegankelijke website te kunnen maken. Op deze website zijn -zo stelt de officier van justitie- beledigende teksten geplaatst. Verdachte heeft geen gevolg gegeven aan de vordering van de officier van justitie om de website ontoegankelijk te maken. De vraag is of verdachte dat bevel mocht negeren omdat een machtiging als bedoeld in artikel 54a Sr. ontbreekt.

Artikel 54a Sr houdt in dat strafrechtelijke vervolging is uitgesloten indien de tussenpersoon als zodanig voldoet aan een bevel van de officier van justitie, na schriftelijke machtiging op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris, om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van haar kunnen worden geleverd om de gegevens ontoegankelijk te maken.

De ratio die aan deze bepaling ten grondslag ligt is de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving zoveel mogelijk te ondersteunen door de neiging tot preventieve censuur weg te nemen. De tussenpersoon kan zonder angst voor een strafrechtelijke vervolging van een ander afkomstige gegevens doorgeven of al dan niet tijdelijk opslaan. Zelfs al heeft zij kennis van het strafbare karakter van de gegevens. Wanneer zij echter een bevel krijgt van de officier van justitie, na machtiging van de rechter-commissaris, om de gegevens ontoegankelijk te maken, moet zij daaraan gehoor geven. Eerst wanneer daaraan niet wordt voldaan is er ruimte voor strafrechtelijke vervolging.

Zoals is komen vast te staan ontbreekt in onderhavige zaak de vereiste machtiging van de rechter-commissaris. Dat brengt met zich mee dat niet voldaan is aan het vereiste in artikel 54a Sr. De verdachte is daardoor een beroep op een vervolgingsuitsluitingsgrond onthouden. Het OM had niet tot vervolging van verdachte mogen overgaan en moet daarom niet ontvankelijk worden verklaard.

RECHTBANK ASSEN
Sector strafrecht

Parketnummer: 19.606216-07

vonnis van de Meervoudige kamer d.d. 22 juli 2008 in de zaak van het openbaar ministerie tegen:

[naam verdachte]
geboren te [geboorteplaats en datum verdachte] 1968,
wonende [woonplaats verdachte]

Het onderzoek ter terechtzitting heeft plaatsgehad op 08 juli 2008.

De verdachte is niet verschenen.

Als raadvrouw van de verdachte is ter terechtzitting aanwezig mr. H.C. Lunter, advocaat te Assen. Deze is door de verdachte uitdrukkelijk gemachtigd om namens hem de verdediging te voeren.

Tenlastelegging

De verdachte is bij dagvaarding tenlastegelegd, dat

hij op meerdere tijdstippen in of omstreeks de periode 12 mei 2005 tot en met 04 juli 2007 in de gemeente Emmen, althans in Nederland en/of in Indonesië tezamen en in vereniging met anderen, althans alleen, opzettelijk de eer en/of de goede naam van [naam slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een of meer bepaalde feiten, te weten – zakelijk weergegeven – dat

- advocaat en psychopaat [naam slachtoffer] zware fraude heeft gepleegd
- rechter bedriegend advocatentuig [naam slachtoffer] schuldig is aan dood door schuld
- crimineel [naam slachtoffer] schuldig is aan wederrechtelijke vrijheidsberoving
- [naam slachtoffer] zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting en bedreiging
- crimineel [naam slachtoffer] heeft getolereerd dat er een onrechtmatige gijzeling heeft plaatsgevonden,

met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft/hebben verdachte en/of zijn mededader(s) met voormeld doel voormeld(e) geschrift(en), openlijk tentoongesteld, aangeslagen en/of verspreid, namelijk door middel van de website [naam website], terwijl verdachte en/of zijn mededader(s) wist(en) dat dit/deze telastgelegde feit(en) in strijd met de waarheid was/waren;

althans, indien ter zake van het vorenstaande geen veroordeling mocht volgen, ter zake dat

medeverdachte [naam medeverdachte] op meerdere tijdstippen in of omstreeks de periode 12 mei 2005 tot en met 04 juli 2007 in de gemeente Emmen, althans in Nederland en/of in Indonesië, opzettelijk de eer en/of de goede naam van [naam slachtoffer] heeft aangerand door telastlegging van een of meer bepaalde feiten, te weten – zakelijk weergegeven – dat

- advocaat en psychopaat [naam slachtoffer] zware fraude heeft gepleegd
- rechter bedriegend advocatentuig [naam slachtoffer] schuldig is aan dood door schuld

- crimineel [naam slachtoffer] schuldig is aan wederrechtelijke vrijheidsberoving
- [naam slachtoffer] zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting en bedreiging
- crimineel [naam slachtoffer] heeft getolereerd dat er een onrechtmatige gijzeling heeft plaatsgevonden,

met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, immers heeft die Medeverdachte met voormeld doel voormeld(e) geschrift(en), openlijk tentoongesteld, aangeslagen, en/of verspreid, namelijk door middel van de website [naam website] terwijl die [naam medeverdachte] wist dat dit/deze telastgelegde feit(en) in strijd met de waarheid was/waren, bij welk vorenomschreven misdrijf, verdachte tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, opzettelijk behulpzaam is/zijn geweest, althans gelegenheid en/of middelen tot het plegen van dat misdrijf heeft/hebben verschafft, door op of omstreeks in de periode 15 mei 2005 tot en met 4 juli 2007, te 's-Gravenhage, althans in Nederland voornoemde [naam medeverdachte] via [naam medeverdachte], de website [naam website] de toegang tot het internet te verlenen, althans die website (voor derden) vanaf het internet toegankelijk te maken;

Kennelijke taal- en/of schrijffouten in de tenlastelegging worden geacht te zijn verbeterd. De verdachte is daardoor, blijkens het onderzoek ter terechtzitting, niet geschaad in de verdediging.

Verweren ten aanzien van de voorvragen

De raadvrouw heeft betoogd dat verdachte een beroep op artikel 54a Wetboek van Strafrecht (Sr) is onthouden op grond waarvan het Openbaar Ministerie (OM) niet tot vervolging van verdachte had mogen overgaan. Nu het OM dat toch heeft gedaan moet dat leiden tot niet ontvankelijkverklaring van het OM.

De raadvrouw heeft aangevoerd dat artikel 54a Sr een vervolgingsuitsluitingsgrond inhoudt indien wordt voldaan aan het bevel van de officier van justitie, na schriftelijk machtiging van de rechter-commissaris, om maatregelen te nemen om de gegevens ontoegankelijk te maken. In onderhavige zaak ontbreekt een dergelijk bevel om reden dat de rechter-commissaris geen machtiging aan de officier van justitie heeft verstrekt. De brief die de officier van justitie aan verdachte heeft geschreven om de website ontoegankelijk te maken kan niet als een dergelijk bevel worden gezien. Verdachte heeft in afwachting van een door de rechter-commissaris af te geven machtiging gewacht met het ontoegankelijk maken van de website mede gelet op de vrijheid van meningsuiting.

De officier van justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat de vereiste machtiging wel aan de rechter-commissaris is gevraagd doch dat de rechter-commissaris op formele gronden tot niet ontvankelijkheid heeft beslist. Een inhoudelijke toetsing heeft niet plaatsgevonden. Dat leidt ertoe dat het OM niet kan worden verweten dat er geen machtiging door de rechter-commissaris is afgegeven. Onder deze omstandigheden kan het OM niet het recht ontzegd worden de zaak voor een inhoudelijke beoordeling aan de rechter voor te leggen. Mocht de recht-

bank anders beslissen dan zou het OM op geen enkele wijze kunnen ingrijpen indien internetproviders strafbaar handelen.

De rechtbank overweegt het volgende.

In onderhavige zaak heeft een derde bij (het bedrijf van) verdachte een webhostingpakket afgenomen om een voor iedereen toegankelijke website te kunnen maken. Op deze website zijn -zo stelt de officier van justitie- beledigende teksten geplaatst. Verdachte heeft geen gevolg gegeven aan de vordering van de officier van justitie om de website ontoegankelijk te maken. De vraag is of verdachte dat bevel mocht negeren omdat een machtiging als bedoeld in artikel 54a Sr. ontbreekt.

Artikel 54a Sr houdt in dat strafrechtelijke vervolging is uitgesloten indien de tussenpersoon als zodanig voldoet aan een bevel van de officier van justitie, na schriftelijke machtiging op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris, om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om de gegevens ontoegankelijk te maken.

De ratio die aan deze bepaling ten grondslag ligt is de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving zoveel mogelijk te ondersteunen door de neiging tot preventieve censuur weg te nemen. De tussenpersoon kan zonder angst voor een strafrechtelijke vervolging van een ander afkomstige gegevens doorgeven of al dan niet tijdelijk opslaan. Zelfs al heeft hij kennis van het strafbare karakter van de gegevens. Wanneer hij echter een bevel krijgt van de officier van justitie, na machtiging van de rechter-commissaris, om de gegevens ontoegankelijk te maken, moet hij daaraan gehoor geven. Eerst wanneer daaraan niet wordt voldaan is er ruimte voor strafrechtelijke vervolging.

Zoals is komen vast te staan ontbreekt in onderhavige zaak de vereiste machtiging van de rechter-commissaris. Dat brengt met zich mee dat niet voldaan is aan het vereiste in artikel 54a Sr. De verdachte is daardoor een beroep op een vervolgingsuitsluitingsgrond onthouden. Het OM had niet tot vervolging van verdachte mogen overgaan en moet daarom niet ontvankelijk worden verklaard.

De stelling van de officier van justitie dat de rechter-commissaris niet tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak is overgegaan is juist. Het rechtvaardigt echter niet de conclusie dat het OM niet kan worden verweten dat de machtiging niet is afgegeven en dat verdachte daarvan de dupe zou moeten worden. Voorts had de officier van justitie tegen de beslissing van de rechter-commissaris op kunnen komen.

Beslissing van de rechtbank

De rechtbank verklaart de officier van justitie niet ontvankelijk in de vervolging van verdachte.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.J. Schoemaker, voorzitter en mr. H. de Wit en mr. B.I. Klaassens, rechters in tegenwoordigheid van D. Witvoet, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de rechtbank op 22 juli 2008, zijnde mr.

Klaasens buiten staat dit vonnis binnen de door de wet gestelde termijn mede te ondertekenen.

Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2008
KPN vs. A-team
LJN-nummer BE9086.

Wanprestatie, toerekenbare tekortkoming, ADSL-aansluiting

Uitzendburo A-Team had overeenkomst met Planet Internet (rechtsoptvolger: KPN) inzake een ADSL-aansluiting. Na verhuizing van A-Team was er na vier weken nog steeds geen ADSL-verbinding. A-Team is naar een andere provider gegaan en stelt KPN aansprakelijk voor de schade. Algemene voorwaarden van Planet Internet bepalen dat er geen aansprakelijkheid voor schade is, tenzij er sprake is van grove schuld of opzet. De rechtbank onderzoekt of deze uitzondering zich hier voordoet.

Als onweersproken staat vast dat A-Team – zoals ook alleszins voor de hand lag – vanaf de eerste dag waarop zij de ADSL-aansluiting miste, en bij herhaling, contact heeft opgenomen met personeel van KPN en van Planet Internet. Vast staat ook dat haar bij die vele contacten tal van toezeggingen zijn gedaan die steeds niet zijn waargemaakt. KPN heeft niets concreets gesteld over hetgeen Planet Internet heeft gedaan om het probleem op te lossen. Dit had wel op haar weg gelegen om te doen. Onder deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat hier sprake is geweest van grove schuld van Planet Internet (thans KPN), niet aan het ontstaan van het probleem dat de schade heeft veroorzaakt, maar aan het voortduren van de situatie waarin A-Team niet over de aansluiting kon beschikken en daardoor schade heeft geleden. Bij dit een en ander plaatst de rechtbank nog twee opmerkingen. Van belang is in de eerste plaats dat Planet Internet/KPN noch binnen de termijn van de vier weken waarin de ADSL-aansluiting heeft ontbroken, noch nadien (en zelfs niet in deze procedure), heeft gesteld hoe lang de heraansluiting nog op zich zou hebben laten wachten als A-Team de overeenkomst niet met onmiddellijke ingang zou hebben beëindigd. Vermelding verdient voorts dat de opvolgende internetprovider van A-Team binnen drie dagen een alternatieve aansluiting tot stand heeft gebracht. KPN heeft niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Planet Internet, buiten haar schuld, niet in staat was geweest om het probleem binnen een zelfde termijn te verhelpen. Ook hier geldt dat het op de weg van KPN had gelegen om dit te doen. Onder deze omstandigheden komt aan KPN geen beroep toe op de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van artikel 12 lid 1 AV Planet Internet.

VONNIS
RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE
Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 298457 / HA ZA 07-3465

Vonnis van 23 juli 2008 in de zaak van

de besloten vennootschap
UITZENDBUREAU A-TEAM B.V.,
gevestigd te Eindhoven,
eiseres,
procureur mr. E. Grabandt,
advocaat mr. I.E. van Galen te Eindhoven,

tegen

de besloten vennootschap
KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. H. Ferment,
advocaat mr. M.M. de Koning te Rotterdam.

Partijen worden hierna A-Team en KPN genoemd. In de hierna te noemen dagvaarding is als gedaagde vermeld: de naamloze vennootschap Koninklijke KPN NV. Met instemming van beide partijen is in deze procedure als gedaagde opgetreden KPN.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 30 oktober 2007;
- de akte ter rolle van 7 februari 2008, waarbij A-Team akte heeft gevraagd van het feit dat als de gedaagde in deze procedure optreedt de besloten vennootschap KPN BV (en niet de gedagvaarde naamloze vennootschap Koninklijke KPN NV);
- de conclusie van antwoord, van 20 februari 2007;
- het tussenvonnis van 5 maart 2008, waarbij een comparitie van partijen is bevolen;
- het proces-verbaal van comparitie van 1 juli 2008, waarin melding is gemaakt van de akte van eiswijziging van diezelfde datum.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. A-Team exploiteert een uitzendbureau. Zij heeft, op naam van haar directeur [directeur] (maar ten behoeve van zichzelf), sinds 2002 een overeenkomst met KPN (toen geheten KPN Telecom BV) op grond waarvan KPN één of meer telefoonaansluitingen aan A-Team levert en in stand houdt. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de 'Algemene Voorwaarden voor de vaste telefoondienst' van KPN.

2.2. A-Team heeft in 2002 tevens een overeenkomst gesloten met de toenmalige vennootschap Planet Internet BV (hierna ook: Planet Internet). Deze overeenkomst voorzag in een ADSL-aansluiting (met toegang tot internet en e-mail) ten behoeve van A-Team. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de 'Algemene Voorwaarden ADSL'. Deze worden hierna aangeduid als de AV Planet Internet.

2.3. Artikel 1 ('Begripsomschrijvingen') onder 13 van de AV Planet Internet omschrijft het begrip 'Overeenkomst' als volgt:

'de Overeenkomst tussen Planet Internet en een Gebruiker [zijnde A-Team, toevoeging van de rechtbank] op grond waarvan door Planet Internet een Aansluiting op de Dienst ter beschikking wordt gesteld.'

Artikel 12 van de AV Planet Internet luidt, voor zover thans van belang:

'1. Planet Internet is nimmer aansprakelijk voor schade die Gebruiker lijdt door tekortkomingen van Planet Internet bij de uitvoering van de Overeenkomst.

2. Schade als bedoeld in lid 1, welke naar het oordeel van de Gebruiker veroorzaakt is door grove schuld of opzet van Planet Internet, dient zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 30 (dertig) dagen na ontstaan daarvan [...] aan Planet Internet te zijn gemeld. [...]
[...]

2.4. Op 10 augustus 2005 heeft A-Team aan KPN opdracht gegeven tot verhuizing van de telefoonaansluiting en de ADSL-aansluiting op haar toenmalige adres [adres] te Eindhoven naar het adres [adres 2] te Eindhoven. Met een brief van 29 augustus 2005 heeft KPN aan A-Team het volgende bericht:

'Bedankt voor uw opdracht bij KPN. Zoals op 10 augustus 2005 met u is afgesproken, ontvangt u hierbij een bevestiging van de afspraken.
Met name vraag ik uw aandacht voor de uitvoeringsdatum. Deze staat vermeld in de bijlage bij het onderdeel Uitvoering.
[...]

De bij deze brief gevoegde ‘opdrachtbevestiging’ vermeldt onder het kopje ‘Uitvoering’ als datum van ‘Start uitvoering’ tweemaal 13 september 2005, namelijk bij ‘Huidige lokatie’ en bij ‘Verhuis lokatie’.

2.5. Met een brief van 30 augustus 2005 heeft KPN aan A-Team het volgende bericht:

‘KPN heeft opdracht gekregen om uw telefoonaansluiting met ADSL van KPN te verhuizen. De aanleg van uw ADSL verbinding gebeurt op dezelfde dag als de aanleg van de telefoonaansluiting. Uw ADSL aansluiting wordt op 05-09-2005 op het oude adres buiten dienst gesteld.

[...]

Zodra de aanleg van uw ADSL van KPN verbinding is uitgevoerd krijgt u hiervan een schriftelijke bevestiging. KPN informeert Planet Internet over uw verhuizing. Omdat u verhuist kan het zijn dat Planet Internet u een nieuw IP-adres toewijst. In dat geval informeert Planet Internet u over de bijzonderheden.

[...]

2.6. Met een brief van 14 september 2005 heeft KPN aan A-Team het volgende bericht:

‘KPN heeft op 14 september 2005* uw verhuisopdracht uitgevoerd. Dit betekent dat u vanaf die datum op het nieuwe adres weer gebruik kunt maken van uw ADSL-verbinding van KPN.

[...]

* Deze datum is indicatief, er kunnen geen rechten aan worden ontleend.’

2.7. Op 13 september 2005 heeft een monteur van KPN tijdens het gereedmaken van de verhuizing van de telefoonaansluiting van het oude naar het nieuwe adres geconstateerd dat er nog geen ADSL-signaal was. Na telefonisch contact met KPN en met Planet Internet heeft hij aan A-Team meegedeeld dat de verhuizing bij Planet Internet wel bekend was, maar dat de lijn niet gereedgemaakt was voor ADSL. Dit probleem zou volgens de monteur binnen drie dagen zijn opgelost.

2.8. Ondanks meermalen herhaalde latere contacten van A-Team met KPN en met (de helpdesk van) Planet Internet, en ondanks nadere toezeggingen dat het probleem binnen 24 uur of binnen enkele dagen zou zijn opgelost, was vier weken na 13 september 2005 op het nieuwe adres van A-Team de ADSL-verbinding nog niet tot stand gebracht. Na een vooraankondiging terzake heeft A-Team op 10 oktober 2005 aan Planet Internet bericht te zullen overgaan naar een andere provider indien het probleem niet binnen één dag zou zijn opgelost. Daarop kreeg zij als antwoord dat een opzegging met onmiddellijke ingang niet mogelijk was.

2.9. A-Team heeft op 10 oktober 2005 aan een andere provider verzocht een ADSL-verbinding voor haar tot stand te brengen. Dit laatste is op 13 oktober 2005 gelukt. Met een brief van 19 oktober 2005 heeft Planet Internet aan A-Team bericht dat zij 'uit coulance' het abonnement van A-Team per direct heeft beëindigd.

2.10. Met een brief van 24 oktober 2005 heeft A-Team een schriftelijke klacht over het gebeurde aan KPN voorgelegd. Hierin heeft zij een uitvoerig relaas gegeven van de vele meldingen aan Planet Internet van het probleem met de ADSL-aansluiting. Zij vermeldt onder meer dat haar na herhaalde telefoontjes is meege-deeld dat het probleem hierin schoolt dat haar IP-adres aan een andere klant was toegekend. De brief houdt verder onder meer het volgende in:

'Er zijn kortom verschillende problemen verteld, verschillende beloftes gedaan, verschillende oplossingsdatums genoemd en op de dagen voordat we hebben vernomen dat eigenlijk het een dubbel IP probleem was, heeft er hier 4 dagen lang een monteur gestaan om het probleem op te lossen.'

In deze brief maakt A-Team jegens KPN aanspraak op een vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van het ontbreken van de ADSL-aansluiting in de periode van 13 september 2005 tot 13 oktober 2005. Zij begroot deze schade op € 53.048.

2.11. Met een brief van 22 november 2007 heeft KPN haar aansprakelijkheid voor vergoeding van schade van de hand gewezen. Deze brief houdt onder meer het volgende in:

'Bij het verhuizen van een ADSL-Verbinding zijn twee partijen betrokken; KPN die ervoor zorgt dat de noodzakelijke technische werkzaamheden worden uitgevoerd en dat de verbinding werkend wordt opgeleverd en de Internet Provider die ervoor zorgt dat via de nieuw aangelegde verbinding toegang tot het Internet mogelijk is. De verhuizing van een ADSL-verbinding verloopt via een grotendeels geautomatiseerd proces. Nadat KPN in de telefooncentrale de technische werkzaamheden heeft uitgevoerd gaat er een signaal naar de Internet Service Provider die er vervolgens voor dient te zorgen dat uw unieke IP-adres wordt gekoppeld aan de nieuw aangelegde ADSL-verbinding op de telefoonaansluiting. Deze koppeling maakt het mogelijk dat u toegang tot het Internet krijgt. Mij is gebleken dat de koppeling van deze gegevens weliswaar is uitgevoerd, maar dat er desondanks geen verbinding met het Internet tot stand kwam. Dit omdat door onbekende oorzaak uw IP-adres reeds was uitgegeven. De Internet Service provider is verantwoordelijk voor het toekennen van IP-adressen. Het is mij niet duidelijk geworden hoe een en ander heeft kunnen gebeuren.

Wel is mij duidelijk geworden dat u veel moeite heeft moeten doen de kwestie die aandacht te laten krijgen die deze verdient. Uiteindelijk kon u via de

bewuste ADSL-verbinding vanaf 30 september 2005 het Internet bezoeken. [...]

[...] De opdracht die u KPN heeft gegeven met betrekking tot de verhuizing van de telefoonaansluitingen is door KPN overeenkomstig deze afspraak uitgevoerd. Dat geldt eveneens voor de verhuizing van de ADSL-verbinding, deze is op De overeengekomen datum van 13 september 2005 door KPN werkend gerealiseerd. Planet Internet dient vervolgens de toegang tot het Internet voor u te realiseren. Dit is hen niet onmiddellijk gelukt. De schade die u hierdoor kennelijk heeft geleden dient u dan ook te verhalen op Planet Internet. KPN is in deze kwestie geen partij. [...]

2.12. KPN is de rechtsopvolgster van Planet Internet BV.

3. Het geschil

3.1. Na wijziging van haar eis vordert A-Team, samengevat:

- a. te verklaren voor recht dat KPN toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van partijen en op grond daarvan aansprakelijk is voor de schade geleden door A-Team;
- b. KPN te veroordelen tot vergoeding van de door A-Team geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente;
- c. KPN te veroordelen in de kosten van deze procedure.

3.2. A-Team legt hieraan, kort gezegd, het volgende ten grondslag. KPN is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst tussen haar en A-Team met betrekking tot de verhuizing van de telefoon- en de ADSL-aansluiting van het oude naar het nieuwe adres. Deze tekortkoming betreft de ADSL-aansluiting. A-Team heeft hierdoor schade geleden, waarvoor KPN aansprakelijk is. De schade omvat gederfde omzet, onvervulde vacatures, leegloop van haar personeel en kosten in verband met de overstap naar een andere provider. Volgens A-Team is artikel 12.2 van de AV Planet Internet niet van toepassing in de verhouding tussen haar en KPN. Indien dit artikel wel toepasselijk is, kan KPN daarop geen beroep doen, nu de verhuisovereenkomst niet voldoet aan het begrip 'overeenkomst' zoals gedefinieerd in artikel 1 onder 13 van de AV Planet Internet.

3.3. KPN voert verweer. Op de (verdere) stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Nu KPN de rechtsopvolgster is van Planet Internet, is zij verantwoordelijk voor het handelen of nalaten van deze toenmalige afzonderlijke vennootschap. Dit betekent dat het primaire verweer van KPN, dat in beide onderdelen is gebouwd op de stelling dat zij niet verantwoordelijk is voor gedragingen van de

(afzonderlijk van haar werkzame) Internet Service Provider, faalt. Mogelijk was KPN in het verleden niet aansprakelijk voor gedragingen van Planet Internet, maar beide vennootschappen dienen nu te worden vereenzelvigd.

4.2. Het thans te bespreken subsidiaire verweer van KPN houdt het volgende in. Er is geen afzonderlijke verhuisovereenkomst tot stand gekomen. De verhuizing van de ADSL-aansluiting viel voor het hier aan de orde zijnde gedeelte binnen de Planet Internet Overeenkomst (de basisovereenkomst van A-Team met Planet Internet) en de daarmee samenhangende AV Planet Internet. Toepasselijk is dus artikel 12 lid 1 van de AV Planet Internet. Dit artikellid sluit aansprakelijkheid voor een tekortkoming van Planet Internet (thans dus KPN) uit. KPN betwist dat hier sprake is geweest van opzet of grove schuld van Planet Internet, zoals bedoeld in artikel 12 lid 2 AV Planet Internet.

4.3. Terecht stelt KPN dat de verhuizing in dit opzicht wordt beheerst door (de toepasselijke bepalingen van) de basisovereenkomst van A-Team met Planet Internet. Binnen deze basisovereenkomst is de ADSL-aansluiting tot stand gebracht op een ander adres (met de daarbij behorende verhuizing). Voor de verhuizing is een afzonderlijke opdracht verleend. Deze opdracht plaatste de mutatie echter niet buiten de basis-overeenkomst, die is blijven doorlopen. A-Team heeft geen feiten aangevoerd die tot een andere conclusie kunnen leiden. Toepasselijk zijn dan de AV Planet Internet, met inbegrip van artikel 12 van deze algemene voorwaarden. Ook op dit punt heeft A-Team geen feiten gesteld die in andere richting wijzen. Nu de verhuizing van de ADSL-aansluiting, in elk geval ten dele, onder de basisovereenkomst met Planet Internet viel, wordt A-Team niet gevolgd in haar stelling dat de ‘verhuisovereenkomst’ buiten het begrip ‘Overeenkomst’ van de AV Planet Internet valt.

4.4. Onderdeel a van de vordering van A-Team strekt tot de verklaring voor recht dat KPN toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van partijen en op grond daarvan aansprakelijk is voor de schade van A-Team. KPN heeft niets gesteld waaruit kan volgen dat zij (als rechtsopvolgster van Planet Internet) niet is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van A-Team met Planet Internet. De kern van het geschil wordt gevormd door de vraag of KPN aansprakelijk is voor de schade. Wat dit laatste betreft stelt de rechtbank vast dat (niet in geschil is dat) het ontbreken van de ADSL-aansluiting het gevolg is geweest van een toerekenbare tekortkoming van Planet Internet/KPN. Voorts is alleszins aannemelijk dat A-Team schade heeft geleden doordat zij gedurende een maand verstoken is gebleven van de ADSL-verbinding. KPN heeft dit op zichzelf ook niet betwist.

4.5. Op grond van de (hoofd)regel van artikel 12 lid 1 AV Planet Internet is KPN niet aansprakelijk voor de schade van A-Team. Voor zover thans van belang, bestaat hierop één uitzondering, namelijk indien de schade – zoals lid 2 van genoemd artikel bepaalt – is veroorzaakt door grove schuld of opzet van Planet

Internet (KPN). Onderzocht moet dus worden of deze uitzondering zich hier voordoet.

4.6. Hierbij is het volgende van belang. Als onweersproken staat vast dat A-Team – zoals ook alleszins voor de hand lag – vanaf de eerste dag waarop zij de ADSL-aansluiting miste, en bij herhaling, contact heeft opgenomen met personeel van KPN en van Planet Internet. Vast staat ook dat haar bij die vele contacten tal van toezeggingen zijn gedaan die steeds niet zijn waargemaakt. Zo heeft zij het ook, met opgave van de namen van meer dan tien medewerkers van KPN/Planet Internet, beschreven in haar klachtbrief van 24 oktober 2005. KPN heeft de mededelingen die A-Team hierover op dit punt heeft gedaan, niet tegengesproken. Dit is niet gebeurd in haar schriftelijke reactie van 22 november 2005 (waarin zij alleen voor zichzelf heeft gesproken en niet tevens voor Planet Internet) en evenmin in de conclusie van antwoord in dit geding (waarin zij tevens voor haar rechtsvoorgangster Planet Internet optreedt). KPN heeft niets concreets gesteld over hetgeen Planet Internet heeft gedaan om het probleem op te lossen. Dit had wel op haar weg gelegen om te doen. Onder deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat hier sprake is geweest van grove schuld van Planet Internet (thans KPN), niet aan het ontstaan van het probleem dat de schade heeft veroorzaakt, maar aan het voortduren van de situatie waarin A-Team niet over de aansluiting kon beschikken en daardoor schade heeft geleden. Bij dit een en ander plaatst de rechtbank nog twee opmerkingen. Van belang is in de eerste plaats dat Planet Internet/KPN noch binnen de termijn van de vier weken waarin de ADSL-aansluiting heeft ontbroken, noch nadien (en zelfs niet in deze procedure), heeft gesteld hoe lang de heraansluiting nog op zich zou hebben laten wachten als A-Team de overeenkomst niet met onmiddellijke ingang zou hebben beëindigd. Vermelding verdient voorts dat de opvolgende internetprovider van A-Team binnen drie dagen een alternatieve aansluiting tot stand heeft gebracht. KPN heeft niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Planet Internet, buiten haar schuld, niet in staat was geweest om het probleem binnen een zelfde termijn te verhelpen. Ook hier geldt dat het op de weg van KPN had gelegen om dit te doen.

4.7. Onder deze omstandigheden komt aan KPN geen beroep toe op de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van artikel 12 lid 1 AV Planet Internet. Hierbij dient wel een beperking te worden aangebracht. Uit het onder 4.6 vermelde volgt dat de grove schuld van Planet Internet/KPN ziet op het voortduren van de situatie die schade heeft veroorzaakt. De rechtbank neemt, naar redelijkheid en billijkheid, aan dat hiervan sprake was na verloop van één week na de verhuisdatum. De aansprakelijkheid van KPN omvat in dit opzicht dus de schade die A-Team heeft geleden doordat zij vanaf 20 september 2005 verstoken is geweest van de ADSL-aansluiting van Planet Internet.

4.8. Met inachtneming van deze beperking is onderdeel a van de vordering toewijsbaar. Toewijsbaar is ook onderdeel b, dat strekt tot verwijzing naar een schadestaatprocedure. Zoals vermeld, is het immers alleszins aannemelijk dat A-Team

door het ontbreken van de ADSL-verbinding schade heeft geleden. KPN heeft de omvang van de door A-Team gestelde schade betwist, maar die betwisting komt aan de orde in de schadestaatprocedure.

4.9. De vordering van A-Team wordt dus grotendeels toegewezen. Bij deze uitkomst past een kostenveroordeling ten laste van KPN.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat KPN, als rechtsopvolgster van Planet Internet BV, toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van Planet Internet BV met A-Team en op deze grond aansprakelijk is voor de schade die A-Team daardoor heeft geleden, met dien verstande dat deze aansprakelijkheid niet geldt voor het ontbreken van de ADSL-verbinding in de periode van 13 september 2005 tot 20 september 2005;

5.2. veroordeelt KPN tot vergoeding van de schade die A-Team, binnen de grenzen van het onder 5.1 vermelde, door de tekortkoming heeft geleden, welke schade, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de dagvaarding, nader dient te worden opgemaakt bij staat en te worden vereffend volgens de wet;

5.3. veroordeelt KPN in de kosten van dit geding aan de zijde van A-Team gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op € 904,- voor salaris van de procureur en op € 335,31 voor verschotten;

5.4. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst hetgeen meer of anders is gevorderd af.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.F.M. Hofhuis en in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2008.

Rechtbank Haarlem 24 juli 2008
Webcamgluurder
LJN-nummer BD8449

Stafrecht, art. 246 Sr., webcam, MSN

Verdachte hackte computer van slachtoffer, kon live meekijken met wat het slachtoffer via internet deed, kon ongemerkt foto's, filmpjes en chatgesprekken opslaan, en kon op afstand webcam aanzetten een meekijken het hoe slachtoffer dat zich onbespied waande, zich uitkleedde en (half)naakt rondliep. Vervolgens chanteerde hij slachtoffers met de verkregen gegevens, en dwong ze in opdracht seksuele handelingen te verrichten. Het onder dwang ontkleden en verrichten van seksuele handelingen voor de webcam op de wijze als hiervoor omschreven, valt onder het 'dwingen tot ontuchtige handelingen' als bedoeld in artikel 246 Sr. Het heimelijk aanzetten van de webcam van een gehackte computer en het vervolgens via die webcam bespieden van meisjes die zich, totaal onbewust van het feit dat zij in de besloten sfeer van hun slaapkamer of andere privé-ruimte van de woning worden geobserveerd, uitkleden en voor de 'webcam-indringer' naakt of halfnaakt te zien zijn, is op zichzelf genomen aan te merken als feitelijke aanranding van de eerbaarheid als bedoeld in artikel 246 Sr.

VERKORT STRAFVONNIS

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de openbare terechtzitting van 10 juli 2008 in de zaak tegen:

[verdachte],
geboren op [geboortedatum] 1986 te [geboorteplaats] (Sri Lanka),
wonende te [adres],
thans gedetineerd in de Penitenciaire Inrichting Midden Holland, Huis van Bewaring Haarlem, te Haarlem.

1. Tenlastelegging

Aan verdachte is, na nadere omschrijving van de tenlastelegging, tenlastegelegd dat:

1. hij op één of meer tijdstip(pen) gelegen in of omstreeks de periode van juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg en/of Purmerend en/of IJsselstein en/of Rotterdam en/of Nootdorp (gemeente Pijnacker-Nootdorp) en/of Nijmegen, in elk geval op een of meer plaats(en) in Nederland, al dan niet tezamen en in vereniging met (een) ander(en), telkens door geweld of (een) andere feitelijke(i)d(en) [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of

[slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of [slachtoffer 6] en/of [slachtoffer 7] en/of [slachtoffer 8] en/of [slachtoffer 9] (hierna: het/de slachtoffer(s)) (telkens) heeft gedwongen tot het plegen en/of dulden van een of meer ontuchtige handeling(en), bestaande uit het door het/de slachtoffer(s)

- geposeerde houdingen met de nadruk op het geslachtsdeel en/of de borsten aannemen en/of

- zichzelf (volledig) uitkleden en/of strippen en/of
- over de borsten en/of de vagina wrijven en/of strelen en/of
- zichzelf bevredigen en/of
- een vinger(s) en/of een pen in de vagina brengen

terwijl hij, verdachte en/of zijn mededader(s), deze handelingen via de webcam en/of zijn computer kon zien en/of kon opslaan op de computer en bestaande dat geweld of die andere feitelijkhe(i)d(en) (telkens) uit het heimelijk aanzetten van de gehackte computer(s) van (een van) de slachtoffers terwijl zij via de webcam zichtbaar waren terwijl zij zich geheel of gedeeltelijk ontkleedden en/of via de “gehackte” computer heimelijk opnames maken van sessies met MSN en/of een chatprogramma van twee andere partijen en deze opnames opslaan en/of laten zien wie er de macht had door de MSN van het/de slachtoffer(s) over te nemen en/of te dreigen om geheimen bekend te maken (bijvoorbeeld dat zij vreemd was gegaan) aan de MSN contactpersonen en/of (de) vriend(en) van het/de slachtoffer(s) en/of dreigen om afbeeldingen en/of filmpjes waar het/de slachtoffers(s) (gedeeltelijk) naakt op staan aan de MSN contactpersonen en/of vrienden van het/de slachtoffer(s) te zenden en/of op het internet te plaatsen en/of dreigen virussen op de computer van het/de slachtoffer(s) te zetten;

en/of

hij op één of meer tijdstip(pen) gelegen in of omstreeks de periode van juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg en/of Purmerend en/of IJsselstein en/of Rotterdam en/of Nootdorp (gemeente Pijnacker-Nootdorp) en/of Nijmegen, in elk geval op een of meer plaats(en) in Nederland, al dan niet tezamen en in vereniging met (een) ander(en), met (een) perso(o)n(en) genaamd [slachtoffer 1] (geboren op 15 mei 1993), en/of [slachtoffer 2] (geboren op 11 november 1990), en/of [slachtoffer 3] (geboren op 8 maart 1991), en/of [slachtoffer 4] (geboren op 21 juli 1992), en/of [slachtoffer 5] (geboren op 25 september 1991), en/of [slachtoffer 6] (geboren op 13 september 1991) en/of [slachtoffer 7] (geboren op 8 mei 1992) en/of [slachtoffer 8] (geboren op 8 oktober 1991) en/of [slachtoffer 9] (geboren op 26 december 1991) die toen de leeftijd van zestien jaren nog niet had(den) bereikt, buiten echt, een of meer ontuchtige handeling(en) heeft gepleegd, bestaande uit het door het/de slachtoffer(s):

- geposeerde houdingen met de nadruk op het geslachtsdeel en/of de borsten aannemen en/of
- zichzelf (volledig) uitkleden en/of strippen en/of
- over de borsten en/of de vagina wrijven en/of strelen en/of
- zichzelf bevredigen en/of
- een vinger(s) en/of een pen in de vagina brengen

terwijl hij, verdachte en/of zijn mededader(s), deze handelingen via de webcam en/of zijn computer kon zien en/of kon opslaan op de computer;

2. hij op één of meer tijdstip(pen) gelegen in of omstreeks de periode van juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg en/of Purmerend en/of IJsselstein en/of Rotterdam en/of Nootdorp en/of Utrecht en/of Nijmegen, in elk geval op een of meer plaats(en) in Nederland, een gewoonte heeft gemaakt van het, al dan niet tezamen en in vereniging met (een) ander(en), verspreiden en/of vervaardigen en/of invoeren en/of uitvoeren en/of in bezit hebben van een of meer computer(s) en/of harddisk(s) van een computer en/of cd-rom('s) en/of dvd('s) en/of bestanden, bevattende een of meer (gedigitaliseerde) afbeelding(en)/foto('s) en/of film(s) bevattende een (zeer) groot aantal afbeeldingen van seksuele gedragingen, bij welke vorenbedoelde afbeelding(en) (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, (telkens) (onder meer)
 - zich (volledig) heeft uitgeteeld (gestript) en/of
 - geposeerde houdingen de de nadruk op het geslachtsdeel en/of de borsten heeft aangenomen en/of
 - de vinger(s) en/of een pen, althans een voorwerp, in de vagina heeft geduwd en/of
 - de borsten en/of de vagina heeft gestreeld en/of gewreven,
 (films en/of foto's van onder meer: [slachtoffer 1] (geboren op 15 mei 1993), en/of [slachtoffer 2] op(geboren op 11 november 1990), en/of [slachtoffer 3] (geboren op 8 maart 1991), en/of [slachtoffer 4] (geboren op 21 juli 1992), en/of [slachtoffer 5] (geboren op 25 september 1991), en/of [slachtoffer 10] (geboren op 27 maart 1990), en/of [slachtoffer 6] (geboren op 13 september 1991) en/of [slachtoffer 7] (geboren op 8 mei 1992) en/of [slachtoffer 8] (geboren op 8 oktober 1991)), een selectie van de aangetroffen afbeeldingen/films kan als volgt omschreven worden:
 - In de map “[slachtoffer 5]” bevindt zich een submap genaamd “Nieuwe map”. Deze map bevat 37 afbeeldingen van [slachtoffer 5]. Op ongeveer 30 afbeeldingen zijn de borsten, vagina en billen zichtbaar. Door de camera opstelling worden de vagina/borsten nadrukkelijk in beeld gebracht. Op sommige afbeeldingen is een stukje draad zichtbaar wat uit de vagina komt. Betreft vermoedelijk een draadje behorende bij een ingebrachte tampon.
 - In de map [slachtoffer 4] bevindt zich in de submap “[slachtoffer 4] 40f534f6”. Deze map bevat naast diverse submappen 22 afbeeldingen. Op deze afbeeldingen worden zowel borsten/billen als vagina afgebeeld van [slachtoffer 4]. De afbeeldingen bevatten hoofdzakelijk afbeeldingen van de vagina. De afbeeldingen zijn van dichtbij gemaakt waardoor de nadruk op de is gelegen. Omdat er nagenoeg geen beharing aanwezig de vagina duidelijk zichtbaar.
 - In het bestand [slachtoffer 3] bevindt zich een submap “Naakt”. Deze map bevat 18 afbeeldingen van [slachtoffer 3]. Op de afbeeldingen is zichtbaar dat [slachtoffer 3] poseert in ondergoed (bh en slip), alleen in slip en naakt. De afbeeldingen waarop zij in bh/slip en in slip zijn door hun aard erotisch gericht. Op de 3 afbeeldingen waar zij naakt op poseert ligt zij ruggelings op

een bed met haar benen enigszins en wijd gespreid. Tevens heeft zij haar hand bij haar vagina en een vinger tussen haar schaamlippen.

3. hij op één of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg, althans in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, (telkens) opzettelijk en wederrechtelijk in een of meer geautomatiseerd werken voor de opslag of verwerking van gegevens, te weten honderden, althans één of meer, computers, of in een deel daarvan, is binnen gedrongen, waarbij hij, verdachte en/of zijn medeverdachte(n) de beveiliging heeft doorbroken, in elk geval de toegang heeft verworven door een technische ingreep, met behulp van valse signalen en/of een valse sleutel en/of door het aannemen van een valse hoedanigheid, namelijk (telkens) door (gebruikmakend van één of meer kwetsbaarhe(i)d(en) in het besturingssysteem van Windows,) een of meer (versies van (een)) virus(sen) (een zogenaamd trojan-horse(s)), (onder meer) bekend onder de naam Bifrost en/of Poison Yvi, te (doen) verspreiden en/of te (doen) installeren waarna hij, verdachte en/of zijn mededader(s), (telkens) gegevens, die waren opgeslagen, werden verwerkt of werden overgedragen door middel van dat/die geautomatiseerd(e) werk(en) waarin verdachte en/of zijn mededaders(s) zich (telkens) wederrechtelijk bevonden, voor zichzelf of een ander heeft overgenomen, afgetapt of opgenomen;
4. hij op een of meer tijdstip(pen) gelegen in of omstreeks de periode van van juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg, in elk geval in Nederland, (telkens) één of meer afbeeldingen) en/of (een) gegevensdrager(s), bevattende één of meer afbeeldin(gen) van (een) seksuele gedraging(en), bij welke vorenbedoelde afbeelding(en) (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken en/of schijnbaar was betrokken, heeft verspreid en/of vervaardigd en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of in bezit heeft gehad, te weten (onder meer):
 - Een film waarop een naakt, Aziatisch meisje in de leeftijd 10- 12 jaar oud te zien is die op haar rug op een bed ligt. Het meisje wordt rondom gefilmd. In een volgend beeld ligt het meisje op haar rug op een man op het bed. Tussen haar benen, bij haar vagina, is een stijve penis te zien. Een mannenhand wrijft over de penis. Er wordt vanuit diverse oogpunten gefilmd. De man wrijft ook over de vagina van het meisje. In een volgend beeld ligt het meisje weer alleen op het bed. Wederom loopt de gene met de camera om het meisje heen. Er wordt ingezoomd op haar billen. Vervolgens wordt er weer gefilmd terwijl het meisje op de buik van de man ligt met de penis bij haar vagina.
 - Een afbeelding van een naakt meisje in de leeftijd 8-11 jaar oud. Het meisje ligt op een bed en steunt op haar onderarmen. Haar benen zijn gespreid. De camera is tussen haar benen opgesteld waardoor de nadruk van de foto op de vagina van het meisje gelegd wordt.
 - Een afbeelding uit een serie van 58 kinderpornografische afbeeldingen van een 8-11 jaar oud Aziatische meisje. Op deze afbeelding zit het naakte meisje voor een naakte man. Het meisje heeft de stijve penis van de man in haar

mond. De man houdt het meisje met zijn hand bij het achterhoofd van het meisje vast.

– Andere afbeelding van bovengenoemde 8- 11 jaar oude Aziatische meisje. Op deze afbeelding staat het meisje naakt in een kamertje. Met haar rechterbeen steunt zij op een meubelstuk. Door de pose van het meisje wordt de nadruk op haar vagina gelegd.

– Een afbeelding uit een serie van drie kinderpornografische afbeeldingen van naakte meisjes in de leeftijd 8- 13 jaar oud. Op deze afbeelding ligt het oudste meisje in de leeftijd 10-13 jaar oud, op haar rug op een bed. Haar linkerbeen heeft zij iets opgetrokken. De foto is boven het meisje genomen. Naast dit meisje ligt het jongere meisje waarvan op deze foto slechts het gezicht te zien is.

– Een afbeelding uit een serie foto's gemaakt van een meisje in de leeftijd 10-13 jaar oud. Op deze afbeelding van het meisje ligt zij op de grond in een decor. Zij draagt rode laarzen met hoge hakken en een dun geel hesje dat haar borsten bedekt. Haar rechterbeen houdt het meisje achter haar hoofd. Haar vagina is door de pose van het meisje en de stand van de camera nadrukkelijk in beeld.

– Een afbeelding uit een serie van 220 afbeeldingen van 3 meisjes. Op deze afbeelding zitten 3 naakte meisjes in de leeftijd 9-13 jaar oud op een bankje. Hun gezichten zijn beschilderd. Een van de meisjes draagt leren lappen van haar knieën tot haar voeten. Het middelste meisje zit met haar benen over de benen van de meisjes naast haar. Hierdoor zijn haar benen gespreid en ligt de nadruk van de foto op haar vagina.

– Een afbeelding uit een serie van 108 afbeeldingen van 3 naakte meisjes in de leeftijd 8-11 jaar oud. Op deze afbeelding ligt een naakt meisje op de grond. Haar benen worden omhoog gehouden door een meisje dat wijdbeens boven haar staat. Op een bank achter deze twee meisjes ligt nog een meisje. Dit meisje kijkt met haar hoofd tussen de benen door van het staande meisje.

2. Voorvragen

2.1 Verweer ten aanzien van feit 1, eerste subfeit

Ten aanzien van het onder 1 als eerste subfeit tenlastegelegde feit (het dwingen tot ontuchtige handelingen) heeft de raadvrouw van verdachte het volgende aangevoerd. Dat deel van de tenlastelegging dat de dwang verfeitelijkt, bevat verschillende onderdelen die alleen maar als het dwangmiddel 'bedreiging met een feitelijkheid' aangemerkt kunnen worden. Dit betreft de onderdelen: (a) het dreigen geheimen van het slachtoffer bekend te maken, (b) het dreigen afbeeldingen en/of filmpjes waar het slachtoffer (gedeeltelijk) naakt op staat aan de MSN contactpersonen van het slachtoffer te zenden of op het internet te plaatsen en (c) het dreigen virussen op de computer van het slachtoffer te zetten. Nu echter in het kwalificatieve deel van de tenlastelegging geen 'bedreiging met feitelijkheden'

ten laste is gelegd, kan niet tot een bewezenverklaring van deze onderdelen worden gekomen, aldus de raadsvrouw.

De rechtbank kan het verweer van de raadsvrouw niet anders opvatten dan dat zij bedoelt een beroep te doen op partiële nietigheid van de dagvaarding. De rechtbank overweegt hieromtrent het volgende. De door de raadsvrouw bedoelde onderdelen van de tenlastelegging dienen strikt genomen inderdaad te worden aangemerkt als 'bedreigingen met feitelijkheden'. Het openbaar ministerie heeft nagelaten dit expliciet te vermelden in het kwalificatieve gedeelte van de tenlastelegging. De rechtbank is echter van oordeel dat hier sprake is van een evidente omissie en zal de dagvaarding in dit opzicht verbeterd lezen.

2.2 Verdere beoordeling van de voorvragen

De rechtbank heeft vastgesteld dat de dagvaarding ook voor het overige geldig is, dat zijzelf bevoegd is tot kennisneming van de zaak, dat het openbaar ministerie ontvankelijk is in zijn vervolging en dat er geen redenen zijn voor schorsing van de vervolging.

3. De vordering van de officier van justitie

De officier van justitie heeft gerekwireerd tot:

- bewezenverklaring van de tenlastegelegde feiten;
- oplegging van een gevangenisstraf voor de duur drie jaren, waarvan één jaar voorwaardelijk met een proeftijd van tien jaren, met aftrek van de tijd die verdachte in voorarrest heeft doorgebracht;
- onttrekking aan het verkeer van de onder nummers 6, 9, 14, 16 en 17 weergegeven voorwerpen op de lijst van inbeslaggenomen voorwerpen;
- retournering aan verdachte van de onder nummers 7, 8, 10, 12, 13 en 15 weergegeven voorwerpen op de lijst van inbeslaggenomen voorwerpen;
- toewijzing van de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 7] tot een bedrag van € 1.000,- en voor het overige niet-ontvankelijk verklaring van de vordering, alsmede oplegging van de schadevergoedingsmaatregel;
- toewijzing van de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 10] en oplegging van de schadevergoedingsmaatregel;
- toewijzing van de vordering van de benadeelde partij [slachtoffer 5] alsmede oplegging van de schadevergoedingsmaatregel;
- niet-ontvankelijk verklaring van de benadeelde partij [slachtoffer 3].

4. Oordeel van de rechtbank ten aanzien van het bewijs

4.1 Bewijstoelichting

4.1.1 Toelichting bij feit 1, eerste subfeit (dwingen tot ontuchtige handelingen)

Onder feit 1, eerste subfeit, is verdachte ten laste gelegd dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het misdrijf 'feitelijke aanranding van de eerbaarheid', straf-

baar gesteld in artikel 246 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr.). Dit artikel bepaalt, kort gezegd, dat het strafbaar is een ander te dwingen tot ontuchtige handelingen.

De rechtbank is van oordeel dat verdachte alle bij feit 1, subfeit 1, met name genoemde slachtoffers ([slachtoffer 1], [slachtoffer 2], [slachtoffer 3], [slachtoffer 4], [slachtoffer 5], [slachtoffer 6], [slachtoffer 7], [slachtoffer 8], [slachtoffer 9]) heeft gedwongen tot ontuchtige handelingen. De rechtbank heeft hiertoe het volgende overwogen.

- (i) Gevallen waarin de slachtoffers bewust als gevolg van op hen uitgeoefende dwang ontuchtige handelingen hebben gepleegd

Verdachte heeft bij het merendeel van de slachtoffers de volgende werkwijze gebruikt. Verdachte hackte de computer van zijn slachtoffer. Hierdoor kon hij niet alleen 'live' meekijken met datgene wat het slachtoffer via de MSN of email met anderen besprak en wat zij voor de webcam deed, maar kon hij tevens ongemerkt foto's, filmpjes en chatgesprekken die in de gehackte computer waren opgeslagen, downloaden naar en opslaan op zijn eigen computer. Daarnaast kon verdachte vanaf zijn eigen computer de webcam van de gehackte computer aanzetten, waardoor hij kon meekijken hoe het slachtoffer, dat zich onbespied waande, zich in de ruimte waar de webcam zich bevond (veelal haar slaapkamer) uitkleedde en aldaar (half)naakt rondliep.

De gegevens die verdachte op de hiervoor beschreven wijze verkreeg, gebruikte hij vervolgens om zijn slachtoffers te chanteren. Hij dreigde afbeeldingen of filmpjes waarop het slachtoffer geheel of gedeeltelijk naakt te zien was, op internet te plaatsen of aan de MSN-contacten van het slachtoffer toe te sturen danwel geheimen van het slachtoffer (bijvoorbeeld dat zij vreemd zou zijn gegaan) aan derden te openbaren. De slachtoffers konden dit alleen voorkomen door in opdracht van verdachte seksuele handelingen te verrichten, met name voor de webcam. Verdachte zette deze dreigingen kracht bij door de MSN-account van het slachtoffer over te nemen. Doordat hij de controle over de MSN-account had, kon hij contact opnemen met de MSN-contacten van het slachtoffer en een naaktafbeelding van haar op de 'display' bij haar MSN-account zetten. Verdachte gebruikte dit overnemen van de MSN-account om, in zijn eigen woorden, 'te laten zien dat hij de macht had'.

Een aantal van de met name genoemde slachtoffers heeft, uit angst dat verdachte zijn dreigementen zou uitvoeren, ook daadwerkelijk aan verdachtes eisen toegegeven. Zij hebben zich in opdracht van verdachte voor de webcam ontkleed en seksuele handelingen verricht. Het onder dwang ontkleden en verrichten van seksuele handelingen voor de webcam op de wijze als hiervoor omschreven, valt onder het 'dwingen tot ontuchtige handelingen' als bedoeld in artikel 246 Sr. Het begrip 'ontuchtige handeling' als bedoeld in dit artikel vereist immers niet dat sprake is van contact in de zin van lichamelijke aanraking.

Met betrekking tot één van deze slachtoffers, [slachtoffer 2], overweegt de rechtbank nog het volgende. De raadvrouw van verdachte heeft aangevoerd dat het

enkele ontbloten van de borsten geen ontuchtige handeling zou opleveren. De rechtbank oordeelt anders. Om een handeling te kunnen aanmerken als 'ontuchtig' in de zin van artikel 246 Sr. is ingevolge de wetsgeschiedenis vereist dat het een handeling van seksuele aard betreft die in strijd is met de sociaal-ethische norm. Het ontuchtige karakter van een seksuele handeling – bijvoorbeeld het ontkleden – is niet in de handeling zelf gelegen, maar vloeit voort uit de begeleidende omstandigheid dat deze onder dwang heeft plaatsgevonden. De rechtbank oordeelt dat het ontbloten van de borsten door het slachtoffer [slachtoffer 2], in de context waarin dit geschiedde, een seksuele handeling was die onder dwang plaatsvond. Daarmee staat vast dat het een ontuchtige handeling is als bedoeld in artikel 246 Sr. De raadvrouw heeft tevens aangevoerd dat als de rechtbank zou oordelen dat het wel een ontuchtige handeling betreft, dit niet kan worden gezien als een 'geposeerde houding met de nadruk op de borsten' zoals in de tenlastelegging omschreven. Voor wat betreft dit punt overweegt de rechtbank dat het ontbloten van de borsten in ieder geval valt onder de ontuchtige handeling die in de tenlastelegging is omschreven als 'zichzelf uitkleden en/of strippen'.

- (ii) Gevallen waarin de slachtoffers heimelijk via de webcam zijn geobserveerd terwijl zij zich uitkleedden

Bij een aantal van de bij feit 1, eerste subfeit, genoemde slachtoffers kan niet bewezen worden verklaard dat zij, uit angst voor verdachtes dreigementen, ook daadwerkelijk ontuchtige handelingen voor hem hebben verricht. De rechtbank acht bij deze slachtoffers echter wel bewezen dat verdachte hen via hun webcam, die hij vanaf zijn eigen computer kon inschakelen, heeft geobserveerd terwijl zij zich uitkleedden en geheel of gedeeltelijk naakt waren, zonder dat zij dit wisten. De vraag is of het heimelijk aanzetten van de webcam van een gehackte computer en het vervolgens via die webcam bespieden van meisjes die zich, totaal onbewust van het feit dat zij in de besloten sfeer van hun slaapkamer of andere privéruimte van de woning worden geobserveerd, uitkleden en voor de 'webcam-indringer' naakt of halfnaakt te zien zijn, op zichzelf genomen is aan te merken als feitelijke aanranding van de eerbaarheid als bedoeld in artikel 246 Sr.

De rechtbank is van oordeel dat deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord en overweegt daartoe het volgende.

De door verdachte gebruikte methode, inhoudende dat hij heimelijk, via de webcam, meisjes die zich ontkleedden kon bespieden, is een techniek die ten tijde van de totstandkoming van artikel 246 Sr. onbekend was. De rechtbank is van oordeel dat de rechter bij de uitleg van strafbepalingen die strekken tot bescherming van bepaalde rechten dient in te spelen op nieuwe technische mogelijkheden, één en ander voor zover dat past binnen de ratio en de taalkundige grenzen van de betreffende bepaling.

De ratio van strafbaarheid van zedendelicten in het algemeen is de bescherming van de seksuele integriteit van personen. Artikel 246 Sr. ziet in het bijzonder op die aantastingen van het recht op seksuele zelfbeschikking die het gevolg zijn van door de dader uitgeoefende dwang. Bij het vaststellen of sprake is van de in dit

artikel bedoelde dwang is essentieel of iemand seksuele handelingen heeft gepleegd of geduld die zij, in concreto, niet vrijwillig gepleegd of geduld zou hebben.

In de rechtspraak is uitgemaakt dat dwang in de zin van artikel 246 Sr. ook omvat die situaties waarin de dader door onverhoeds handelen weet te voorkomen dat het slachtoffer zich verzet (zie bijvoorbeeld HR 16 november 2004, LJN AR 3040). De rechtbank is van oordeel dat ook sprake is van dwang indien de dader door heimelijk handelen weet te voorkomen dat het slachtoffer zich kan verzetten en hij zo zijn doel – in dit geval: meisjes zich voor hem zichtbaar te laten ontkleden – weet te bereiken. De omstandigheid dat de slachtoffers, onbewust van de webcamgluurder en kennelijk veronderstellend dat zij alleen in hun slaapkamer waren, zich vrij voelden om zich te ontkleden en (half)naakt rond te lopen, doet hieraan niet af. Aangenomen moet immers worden – en uit de verklaringen van de slachtoffers die met de heimelijk opgenomen beelden zijn geconfronteerd, volgt dat ook – dat zij dit niet zouden hebben gedaan als zij hadden geweten dat zij via de webcam door verdachte geobserveerd werden. Hiermee staat vast dat het uitkleden door de slachtoffers, in relatie tot verdachte, tegen hun wil geschiedde. Naar het oordeel van de rechtbank staat daarmee vast dat het uitkleden, in relatie tot verdachte, moet worden beschouwd als een afgedwongen ontuchtige handeling in de zin van artikel 246 Sr. De rechtbank concludeert dan ook dat het heimelijk aanzetten van de webcam van de slachtoffers en het vervolgens observeren van hen terwijl zij zich, geheel onwetend dat zij begluurd worden, uitkleden en geheel of gedeeltelijk naakt zijn, een aantasting is van het recht op seksuele zelfbeschikking waar artikel 246 Sr. op ziet.

4.1.2 Toelichting bij feit 2 (kinderporno)

Onder feit 2 is verdachte – kort gezegd – ten laste gelegd dat hij afbeeldingen van de slachtoffers [slachtoffer 5], [slachtoffer 4] en [slachtoffer 3] op zijn computer had, welke afbeeldingen aangemerkt moeten worden als kinderporno. De raadvrouw van verdachte heeft met betrekking tot dit feit aangevoerd dat niet zou zijn voldaan aan het vereiste dat het hier afbeeldingen betreft van meisjes die ‘kenmerkend de leeftijd van 18 jaar nog niet hadden bereikt’. Derhalve zou vrijspraak moeten volgen, aldus de raadvrouw.

De rechtbank verwerpt dit verweer op grond van het volgende. De desbetreffende foto's zijn beschreven in het aanvullend proces-verbaal van 9 juli 2008, op ambtsbelofte opgemaakt door verbalisant [verbalisant]. De verbalisant is gecertificeerd rechercheur van de Groep Zedenzaken van de politie Zaanstreek-Waterland. Deze verbalisant, die als deskundig wordt beschouwd op het gebied van kinderporno, heeft de afbeeldingen beoordeeld en komt tot de conclusie dat de slachtoffers [slachtoffer 5], [slachtoffer 4] en [slachtoffer 3] op deze afbeeldingen, zo begrijpt de rechtbank het proces-verbaal, overkomen als meisjes van een leeftijd gelegen tussen de 12 en 16 jaar. Nu deze conclusie wordt ondersteund door het gegeven dat de werkelijke leeftijd van deze meisjes ten tijde van het maken van de afbeeldingen in ieder geval niet hoger was dan 15-16 jaar, ziet de rechtbank geen reden om te twijfelen aan de beoordeling van de deskundige van

de zedenpolitie. De rechtbank acht dan ook bewezen dat de meisjes op de afbeeldingen kennelijk jonger dan 18 jaar waren.

4.2 Bewezenverklaring

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte de tenlastegelegde feiten heeft begaan, in dier voege dat

1. hij op tijdstippen gelegen in de periode van 1 juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg en Purmerend of IJsselstein of Rotterdam of Nootdorp (gemeente Pijnacker-Nootdorp) of Nijmegen, in elk geval op plaatsen in Nederland, telkens door een feitelijkheid of feitelijkheden, of door bedreiging met een feitelijkheid of feitelijkheden, [slachtoffer 1] of [slachtoffer 2] of [slachtoffer 3] of [slachtoffer 4] of [slachtoffer 5] of [slachtoffer 6] of [slachtoffer 7] of [slachtoffer 8] of [slachtoffer 9] (hierna: de slachtoffers) heeft gedwongen tot het plegen van een of meer ontuchtige handelingen, bestaande die ontuchtige handeling(en) uit het door de slachtoffers
 - geposeerde houdingen met de nadruk op het geslachtsdeel en/of de borsten aannemen en/of
 - zichzelf (volledig) uitkleden of strippen en/of
 - zich over de borsten of de vagina wrijven en/of strelen en/of
 - zichzelf bevredigen en/of
 - een vinger of een pen in de vagina brengen,terwijl hij, verdachte, deze handelingen via de webcam en/of zijn computer kon zien en/of kon opslaan op de computer, en bestaande die feitelijkhe(i)d(en) en/of die bedreiging(en) met feitelijkhe(i)d(en) uit
 - het heimelijk aanzetten van (de webcam van) de gehackte computer van het slachtoffer terwijl zij via de webcam zichtbaar was en terwijl zij zich geheel of gedeeltelijk ontkleedde en/of
 - het via de “gehackte” computer heimelijk opnames maken van sessies met MSN en/of een chatprogramma van twee andere partijen en deze opnames opslaan en/of
 - het laten zien wie er de macht had door de MSN van het slachtoffer over te nemen en/of
 - het dreigen geheimen bekend te maken (bijvoorbeeld dat het slachtoffer vreemd was gegaan) aan de vriend van het slachtoffer en/of
 - het dreigen afbeeldingen en/of filmpjes het slachtoffer (gedeeltelijk) naakt op staat aan de MSN contactpersonen en/of vrienden van het slachtoffer te zenden en/of op het internet te plaatsen en/of
 - het dreigen virussen op de computer van het slachtoffer te zetten;

en

hij op tijdstippen gelegen in de periode van 1 juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg en Purmerend of IJsselstein of Rotterdam of Nootdorp (gemeente Pijnacker-Nootdorp) of Nijmegen, in elk geval op plaatsen in Nederland, met personen genaamd [slachtoffer 1] (geboren op 15 mei 1993), en [slachtoffer 2] (geboren op 11 november 1990), en [slachtoffer 3] (geboren op 8 maart 1991), en [slachtoffer 4] (geboren op 21 juli 1992), en [slachtoffer 5] (geboren op 25 september 1991), en [slachtoffer 7] (geboren op 8 mei 1992) en [slachtoffer 8] (geboren op 8 oktober 1991) en [slachtoffer 9] (geboren op 26 december 1991), die toen de leeftijd van zestien jaren nog niet hadden bereikt, buiten echt, een of meer ontuchtige handeling(en) heeft gepleegd, bestaande uit het door de slachtoffers:

- geposeerde houdingen met de nadruk op het geslachtsdeel en/of de borsten aannemen en/of
 - zichzelf (volledig) uitkleden en/of strippen en/of
 - over de borsten en/of de vagina wrijven en/of strelen en/of
 - zichzelf bevredigen en/of
 - een vinger(s) en/of een pen in de vagina brengen
- terwijl hij, verdachte, deze handelingen via de webcam en/of zijn computer kon zien en/of kon opslaan op de computer;

2. hij in de periode van 1 juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg in bezit heeft gehad bestanden bevattende gedigitaliseerde afbeeldingen van seksuele gedragingen, bij welke afbeeldingen telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken, te weten [slachtoffer 3] (geboren op 8 maart 1991), [slachtoffer 4] (geboren op 21 juli 1992) en [slachtoffer 5] (geboren op 25 september 1991), waarbij een selectie van de aangetroffen afbeeldingen als volgt kan worden omschreven:

- In de map “[slachtoffer 5]” bevindt zich een submap genaamd “Nieuwe map”. Deze map bevat 37 afbeeldingen van [slachtoffer 5]. Op ongeveer 30 afbeeldingen zijn de borsten, vagina en billen zichtbaar. Door de camera opstelling worden de vagina/borsten nadrukkelijk in beeld gebracht. Op sommige afbeeldingen is een stukje draad zichtbaar dat uit de vagina komt. Betreft vermoedelijk een draadje behorende bij een ingebrachte tampon.
- In de map [slachtoffer 4] bevindt zich de submap “[slachtoffer 4] 40f534f6”. Deze map bevat naast diverse submappen 22 afbeeldingen. Op deze afbeeldingen worden zowel borsten/billen als vagina afgebeeld van [slachtoffer 4]. De afbeeldingen bevatten hoofdzakelijk afbeeldingen van de vagina. De afbeeldingen zijn van dichtbij gemaakt. Omdat er nagenoeg geen beharing aanwezig is, is de vagina duidelijk zichtbaar.
- In het bestand [slachtoffer 3] bevindt zich een submap “Naakt”. Deze map bevat 18 afbeeldingen van [slachtoffer 3]. Op de afbeeldingen is zichtbaar dat [slachtoffer 3] poseert in ondergoed (bh en slip), alleen in slip en naakt. De afbeeldingen waarop zij in bh/slip en alleen in slip poseert zijn door hun aard erotisch gericht. Op de 3 afbeeldingen waar zij naakt op poseert, ligt zij rug-

gelings op een bed met haar benen wijd gespreid. Tevens heeft zij haar hand bij haar vagina en een vinger tussen haar schaamlippen.

3. hij op tijdstippen in de periode van 1 juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg, telkens opzettelijk en wederrechtelijk in geautomatiseerde werken voor de opslag of verwerking van gegevens, te weten in honderden computers, is binnengedrongen, waarbij hij, verdachte, de toegang heeft verworven door een technische ingreep, namelijk telkens door gebruikmaking van één of meer kwetsbaarheden in het besturingssysteem van Windows, versies van virussen (zogenaamde 'Trojan horses') bekend onder de namen Bifrost en Poison Ivy heeft doen installeren, waarna hij, verdachte, telkens gegevens die waren opgeslagen, werden verwerkt of werden overgedragen door middel van die geautomatiseerde werken waarin verdachte zich wederrechtelijk bevond, voor zichzelf heeft overgenomen, afgetapt of opgenomen;
4. hij in de periode van 1 juni 2004 tot en met 21 november 2007 te Culemborg, een gegevensdrager, bevattende afbeeldingen van seksuele gedragingen, bij welke afbeeldingen telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken, in bezit heeft gehad, te weten (onder meer):
 - Een film waarop een naakt, Aziatisch meisje in de leeftijd 10-12 jaar oud te zien is dat op haar rug op een bed ligt. Het meisje wordt rondom gefilmd. In een volgend beeld ligt het meisje op haar rug op een man op het bed. Tussen haar benen, bij haar vagina, is een stijve penis te zien. Een mannenhand wrijft over de penis. Er wordt vanuit diverse oogpunten gefilmd. De man wrijft ook over de vagina van het meisje. In een volgend beeld ligt het meisje weer alleen op het bed. Wederom loopt degene met de camera om het meisje heen. Er wordt ingezoomd op haar billen. Vervolgens wordt er weer gefilmd terwijl het meisje op de buik van de man ligt met de penis bij haar vagina.
 - Een afbeelding van een naakt meisje in de leeftijd 8-11 jaar oud. Het meisje ligt op een bed en steunt op haar onderarmen. Haar benen zijn gespreid. De camera is tussen haar benen opgesteld waardoor de nadruk van de foto op de vagina van het meisje gelegd wordt.
 - Een afbeelding uit een serie van 58 kinderpornografische afbeeldingen van een 8-11 jaar oud Aziatisch meisje. Op deze afbeelding zit het naakte meisje voor een naakte man. Het meisje heeft de stijve penis van de man in haar mond. De man houdt het meisje met zijn hand bij het achterhoofd van het meisje vast.
 - Andere afbeelding van bovengenoemd 8-11 jaar oud Aziatisch meisje. Op deze afbeelding staat het meisje naakt in een kamertje. Met haar rechterbeen steunt zij op een meubelstuk. Door de pose van het meisje wordt de nadruk op haar vagina gelegd.
 - Een afbeelding uit een serie van drie kinderpornografische afbeeldingen van naakte meisjes in de leeftijd 8-13 jaar oud. Op deze afbeelding ligt het oudste meisje in de leeftijd 10-13 jaar oud, op haar rug op een bed. Haar linkerbeen heeft zij iets opgetrokken. De foto is boven het meisje genomen. Naast dit

meisje ligt het jongere meisje waarvan op deze foto slechts het gezicht te zien is.

– Een afbeelding uit een serie foto's gemaakt van een meisje in de leeftijd 10-13 jaar oud. Op deze afbeelding van het meisje ligt zij op de grond in een decor. Zij draagt rode laarzen met hoge hakken en een dun geel hesje dat haar borsten bedekt. Haar rechterbeen houdt het meisje achter haar hoofd. Haar vagina is door de pose van het meisje en de stand van de camera nadrukkelijk in beeld.

– Een afbeelding uit een serie van 220 afbeeldingen van 3 meisjes. Op deze afbeelding zitten 3 naakte meisjes in de leeftijd 9-13 jaar oud op een bankje. Hun gezichten zijn beschilderd. Een van de meisjes draagt leren lappen van haar knieën tot haar voeten. Het middelste meisje zit met haar benen over de benen van de meisjes naast haar. Hierdoor zijn haar benen gespreid en ligt de nadruk van de foto op haar vagina.

– Een afbeelding uit een serie van 108 afbeeldingen van 3 naakte meisjes in de leeftijd 8-11 jaar oud. Op deze afbeelding ligt een naakt meisje op de grond. Haar benen worden omhoog gehouden door een meisje dat wijdbeens boven haar staat. Op een bank achter deze twee meisjes ligt nog een meisje.

Dit meisje kijkt met haar hoofd tussen de benen door van het staande meisje.

Voor zover in de bewezenverklaarde tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. Blijkens het verhandelde op de terechtzitting is de verdachte daardoor niet geschaad in zijn verdediging.

5. Strafbaarheid van de feiten

Het bewezenverklaarde levert op:

feit 1:

feitelijke aanranding van de eerbaarheid, meermalen gepleegd,
alsmede

met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen plegen, meermalen gepleegd;

feit 2:

een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand is betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, in bezit hebben, meermalen gepleegd;

feit 3:

computervredebreuk, meermalen gepleegd;

feit 4:

een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand is betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, in bezit hebben, meermalen gepleegd.

6. Strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

7. Motivering van de sanctie en van de overige beslissingen

7.1 Hoofdstraf

Bij de beslissing over de straf die aan verdachte moet worden opgelegd, heeft de rechtbank zich laten leiden door de aard en de ernst van de bewezen verklaarde feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan, alsmede de persoon van verdachte, zoals van een en ander uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

De rechtbank overweegt in het bijzonder het volgende.

Verdachte heeft zich gedurende een periode van ongeveer tweeëneenhalf jaar schuldig gemaakt aan het hacken van computers. Hij heeft verklaard dat hij in zo'n 200 computers heeft ingebroken. Verdachte hackte voornamelijk computers van jonge meisjes met wie hij via chat-sites in contact kwam. Bij deze contacten gebruikte hij veelal niet zijn eigen naam. Bovendien gebruikte hij een foto van een andere jongen (naar eigen zeggen 'het soort jongen dat meisjes leuk vinden') en deed alsof hij die jongen was. Verdachte hackte de computers van de meisjes door hen een link te sturen, en hen te vragen deze link te openen. Door op de link te klikken, haalden de meisjes zonder het te weten een virus binnen waarmee verdachte toegang kreeg tot hun computer. Door deze methode kon verdachte de beveiliging van de computers omzeilen.

Verdachte heeft in de gehackte computers meegekeken met datgene wat de meisjes via de MSN of email met anderen bespraken en wat zij voor de webcam deden. Tevens heeft hij uit de gehackte computers bestanden, bevattende onder andere foto's, filmpjes en door de meisjes gevoerde chatgesprekken, gedownload en opgeslagen in zijn eigen computer. Daarnaast heeft verdachte vanaf zijn eigen computer de webcam van verschillende gehackte computers aangezet zonder dat de slachtoffers dit merkten. Zo kon verdachte meekijken hoe de meisjes, die zich onbespied waanden, zich uitkleedden in de ruimte waar de webcam zich bevond (veelal de slaapkamer) en daar geheel of gedeeltelijk naakt waren. Deze heimelijk opgenomen webcambeelden heeft verdachte eveneens opgeslagen in zijn eigen computer. In de computer van verdachte zijn meer dan honderd mappen aangetroffen met meisjesnamen. Deze mappen bleken aanzienlijke hoeveelheden zorgvuldig georganiseerde persoonlijke informatie en afbeeldingen van meisjes te bevatten, die verdachte voor een groot deel door het hacken van hun computers moet hebben verkregen.

Uit de groep meisjes van wie hij de computers had gehackt, selecteerde verdachte meisjes bij wie hij verder ging. Hij chanteerde deze meisjes door te dreigen afbeeldingen of filmpjes waarop zij geheel of gedeeltelijk naakt te zien waren –

en die in sommige gevallen waren verkregen door heimelijk opnamen te maken via de webcam van de slachtoffers – op internet te plaatsen of aan de MSN-contacts van de slachtoffers te sturen. Ook dreigde hij bij één van de slachtoffers geheimen, waar hij door het hacken van haar computer achter was gekomen (te weten dat zij haar vriend ontrouw zou zijn geweest) aan derden te openbaren. De slachtoffers zouden dit alleen kunnen voorkomen door in opdracht van verdachte seksuele handelingen te verrichten, veelal voor de webcam. Verdachte zette zijn dreigementen kracht bij door de MSN-account van de slachtoffers over te nemen. Doordat verdachte toegang had tot de computers van de slachtoffers, kon hij het wachtwoord van deze accounts achterhalen en dit wijzigen, zodat de slachtoffers hun MSN-account niet meer konden gebruiken. Doordat verdachte controle had over de MSN-accounts van zijn slachtoffers, kon hij contact opnemen met hun MSN-contacts en een naaktafbeelding van de slachtoffers op de ‘display’ bij hun account zetten. Verdachte gebruikte dit overnemen van de MSN-account om – in zijn eigen woorden – aan het slachtoffer ‘te laten zien dat hij de macht had’.

Verschillende van de aldus bedreigde meisjes voelden zich zodanig onder druk gezet dat zij aan de eisen van verdachte tegemoet kwamen. De rechtbank acht bewezen dat verdachte een aantal jonge meisjes op deze wijze heeft gedwongen om voor hem, veelal voor de webcam, geheel of gedeeltelijk te strippen en andere seksuele handelingen te verrichten.

Daarnaast zijn op verdachtes computer afbeeldingen aangetroffen die als kinderporno zijn aangemerkt. Deze kinderporno bestaat deels uit afbeeldingen van een aantal meisjes met wie verdachte zelf contact heeft gehad. Daarnaast is echter ook andere kinderporno aangetroffen. Verdachte heeft verklaard dat hij deze van derden heeft gekregen in ruil voor afbeeldingen die hij zelf had.

De rechtbank rekent verdachte bovengenoemde feiten zwaar aan. Hij heeft over een aanzienlijke periode ingebroken in een groot aantal computers. Hij heeft zich zo toegang verschaft tot grote hoeveelheden persoonlijke informatie van meisjes en hij heeft deze ook opgeslagen op zijn eigen computer. Hiermee heeft verdachte grove inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van deze personen. Daarnaast heeft verdachte heimelijk de webcam van jonge meisjes aangezet en heeft hen via hun eigen webcam geobserveerd terwijl zij zich, kennelijk veronderstellend dat zij alleen waren, ontkleedden en naakt te zien waren. Verdachte heeft hierdoor op een zeer gewiekste manier een ernstige inbreuk gemaakt op de seksuele integriteit van deze meisjes. De slachtoffers hadden door het heimelijke karakter van de methode die verdachte gebruikte niet eens de kans om zich tegen deze inbreuk te verweren. Bovendien heeft verdachte verschillende jonge meisjes gehanteerd en hen zo gedwongen om in zijn opdracht seksuele handelingen te verrichten, merendeels voor de webcam. De impact die zijn handelen heeft gehad op de meisjes die hij heeft gehanteerd weegt zwaar in het nadeel van verdachte. Verdachte heeft de slachtoffers, die zich in een kwetsbare fase in hun ontwikkeling bevonden, aanzienlijke psychische schade toegebracht.

Verdachte heeft zich bij de hiervoor omschreven feiten uitsluitend laten leiden door zijn eigen wensen en lustgevoelens en heeft in het geheel geen rekening gehouden met de gevoelens van zijn slachtoffers. De rechtbank heeft de indruk

dat verdachte zich ook nu nog niet volledig bewust is van de impact die zijn handelen op de slachtoffers heeft gehad en nog heeft.

Naast de ernst van de feiten, heeft de rechtbank in het voordeel van verdachte rekening gehouden met de omstandigheid dat verdachte nog relatief jong is en niet eerder met justitie in aanraking is gekomen. Voorts heeft de rechtbank in aanmerking genomen de omtrent verdachte uitgebrachte rapportage van de reclassering. De reclassering heeft aangegeven dat verdachte moeite heeft met het uiten van zijn gevoelens, waardoor hij geneigd is zich terug te trekken. De reclassering acht intensieve begeleiding noodzakelijk, waarbij met name aandacht dient te worden besteed aan emoties en gedrag, ook in relatie tot de onderhavige zaak. Deze begeleiding zal naar het oordeel van de reclassering uitbesteed dienen te worden aan een forensische psychiatrische polikliniek zoals De Waag te Utrecht of Kairos te Tiel.

In het licht van het voorgaande, en met name gelet op de ernst van de feiten, komt de rechtbank tot het oordeel dat een gevangenisstraf de enig passende straf is. Een gedeelte daarvan zal in voorwaardelijke vorm opgelegd worden. Aan de voorwaardelijke straf zal de rechtbank de bijzondere voorwaarde van reclasseringstoezicht verbinden, in de vorm zoals door de reclassering geadviseerd.

De rechtbank heeft bij het bepalen van de straf rekening gehouden met de omstandigheid dat per 1 juli 2008 de nieuwe wet Voorwaardelijke Invrijheidsstelling in werking is getreden, welke wet aanzienlijke wijzigingen tot gevolg heeft voor de netto uit te zitten straf. De rechtbank heeft daar, conform de bedoeling van de wetgever, rekening mee gehouden.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte een proeftijd van 10 jaar wordt opgelegd. Ter onderbouwing hiervan heeft hij met name aangevoerd dat verdachte pedofiele neigingen zou hebben. De rechtbank heeft uit de stukken van het dossier noch uit datgene wat ter zitting naar voren is gekomen de indruk gekregen dat bij verdachte sprake zou zijn van pedofilie. Nu de rechtbank ook overigens geen aanleiding ziet om een dergelijke lange proeftijd op te leggen, zal zij de officier hierin niet volgen. De rechtbank acht een proeftijd voor de duur van 3 jaar voldoende.

7.2 Onttrekking aan het verkeer

De rechtbank is van oordeel dat de onder verdachte in beslag genomen en niet teruggegeven voorwerpen, te weten:

- één computer,
- veertig dvd's,
- drie harddisks
- drie compactdiscs,
- één usb geheugenkaart,

dienen te worden onttrokken aan het verkeer. Uit het onderzoek op de terechtzitting is gebleken dat de bewezenverklaarde feiten met behulp van die voorwerpen, die aan verdachte toebehoren, zijn begaan of voorbereid, en het ongecontroleerde bezit van die voorwerpen is in strijd met de wet en het algemeen belang.

7.3 Vorderingen benadeelde partijen

[slachtoffer 7]

De benadeelde partij [slachtoffer 7] heeft een vordering tot schadevergoeding van € 1.200,- ingediend wegens immateriële schade die zij als gevolg het ten laste gelegde heeft geleden.

Dat aan benadeelde partij [slachtoffer 7] door het bewezenverklaarde rechtstreeks immaterieel nadeel is toegebracht acht de rechtbank voldoende bewezen. De omvang van dit nadeel, dat bestaat uit psychische schade, kan echter in deze strafrechtelijke procedure niet nauwkeurig worden vastgesteld. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal de rechtbank aan benadeelde partij [slachtoffer 7] een voorschot toekennen voor de psychische schade die zij ten gevolge van het bewezen verklaarde heeft geleden. Dit voorschot wordt gesteld op € 500,-. De rechtbank zal de benadeelde partij voor het overige in haar vordering niet-ontvankelijk verklaren met bepaling dat zij dit deel van haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.

Verdachte dient te worden veroordeeld in de kosten die de benadeelde partij heeft gemaakt en ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog moet maken. De tot op heden door de benadeelde partij gemaakte kosten worden vastgesteld op nihil.

De rechtbank zal verdachte tevens de schadevergoedingsmaatregel opleggen tot het bedrag waartoe de vordering van deze benadeelde partij wordt toegewezen.

[slachtoffer 5]

De benadeelde partij [slachtoffer 5] heeft een vordering tot schadevergoeding van € 1.000,- ingediend wegens immateriële schade die zij als gevolg van het ten laste gelegde heeft geleden.

Dat aan benadeelde partij [slachtoffer 5] door het bewezenverklaarde rechtstreeks immaterieel nadeel is toegebracht acht de rechtbank voldoende bewezen. De omvang van dit nadeel, dat bestaat uit psychische schade, kan echter in deze strafrechtelijke procedure niet nauwkeurig worden vastgesteld. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal de rechtbank aan benadeelde partij [slachtoffer 5] een voorschot toekennen voor de psychische schade die zij ten gevolge van het bewezen verklaarde heeft geleden. Dit voorschot wordt gesteld op € 500,-. De rechtbank zal de benadeelde partij voor het overige in haar vordering niet-ontvankelijk verklaren met bepaling dat zij dit deel van haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.

Verdachte dient te worden veroordeeld in de kosten die de benadeelde partij heeft gemaakt en ten behoeve van de tenuitvoerlegging nog moet maken. De tot op heden door de benadeelde partij gemaakte kosten worden vastgesteld op nihil.

De rechtbank zal verdachte tevens de schadevergoedingsmaatregel opleggen tot het bedrag waartoe de vordering van deze benadeelde partij wordt toegewezen.

[slachtoffer 10]

De benadeelde partij [slachtoffer 10] heeft een vordering tot schadevergoeding van € 1.046,- ingediend wegens immateriële en materiële schade die zij als gevolg van het ten laste gelegde heeft geleden.

Gevorderd wordt een bedrag van € 46,- voor materiële schade (vervanging simkaarten en reiskosten). De rechtbank zal dit deel van de vordering toewijzen.

Dat aan benadeelde partij [slachtoffer 10] door het bewezenverklaarde rechtstreeks immaterieel nadeel is toegebracht acht de rechtbank voldoende bewezen. De omvang van dit nadeel, dat bestaat uit psychische schade, kan echter in deze strafrechtelijke procedure niet nauwkeurig worden vastgesteld. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal de rechtbank aan benadeelde partij [slachtoffer 10] een voorschot toekennen voor de psychische schade die zij ten gevolge van het bewezen verklaarde heeft geleden. Dit voorschot wordt, gelet op het gegeven dat de omstandigheden van dit geval enigszins afwijken van de gevallen van de hiervoor genoemde benadeelde partijen, gesteld op € 300,-.

De rechtbank zal de benadeelde partij voor het overige in haar vordering niet-ontvankelijk verklaren met bepaling dat zij dit deel van haar vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.

De rechtbank zal verdachte tevens de schadevergoedingsmaatregel opleggen tot het bedrag waartoe de vordering van deze benadeelde partij wordt toegewezen.

[slachtoffer 3]

De benadeelde partij [slachtoffer 3] heeft een formulier ten behoeve van een vordering tot schadevergoeding ingediend wegens immateriële schade die zij als gevolg van het ten laste gelegde heeft geleden. Op dit formulier is geen bedrag ingevuld.

De rechtbank is van oordeel dat, nu er geen bedrag is ingevuld, er geen sprake is van een vordering waar in dit strafrechtelijk geding een beslissing op dient te worden genomen. Dit laat onverlet dat [slachtoffer 3] een vordering bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.

8. Toepasselijke wettelijke voorschriften

De volgende wetsartikelen zijn van toepassing:

14a, 14b, 14c, 36c, 36f, 57, 138a, 240b, 246, 247 van het Wetboek van Strafrecht.

9. Beslissing

De rechtbank:

Verklaart bewezen dat verdachte de tenlastegelegde feiten heeft begaan zoals hiervoor onder 4.2 vermeld.

Verklaart niet bewezen wat aan verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven als bewezen is aangenomen en spreekt verdachte daarvan vrij.

Bepaalt dat de bewezenverklaarde feiten de hierboven onder 5. vermelde strafbare feiten opleveren.

Veroordeelt verdachte wegens deze feiten tot een gevangenisstraf voor de duur van 30 maanden, met bevel dat van deze straf een gedeelte, groot 12 maanden, niet zal worden tenuitvoergelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten op grond dat veroordeelde voor het einde van een hierbij op drie jaren gestelde proeftijd:

- zich aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt dan wel
- niet naleeft de bijzondere voorwaarde, dat hij zich gedurende deze proeftijd zal gedragen naar de voorschriften en de aanwijzingen hem te geven door of namens de Reclassering Nederland, regio Alkmaar-Haarlem, unit Haarlem, thans in de persoon van C. Klein, zolang deze instelling dat nodig acht, ook indien zulks inhoudt begeleiding door een forensische psychiatrische polikliniek, zoals De Waag te Utrecht of Kairos te Tiel.

Bepaalt dat de tijd die verdachte vóór de tenuitvoerlegging van dit vonnis in verzekering en voorlopige hechtenis heeft doorgebracht, bij de tenuitvoerlegging van de thans opgelegde gevangenisstraf in mindering wordt gebracht, voor zover die tijd niet reeds op een andere straf in mindering is gebracht.

Wijst toe de vordering tot vergoeding van de door de benadeelde partij [slachtoffer 7] geleden schade tot een bedrag van € 500,- en veroordeelt verdachte tot betaling van dit bedrag aan [slachtoffer 7], rekeningnummer [rekeningnummer], tegen behoorlijk bewijs van kwijting.

Verklaart de benadeelde partij voor het overige niet-ontvankelijk in de vordering. Veroordeelt verdachte in de kosten door de benadeelde partij gemaakt, tot op heden begroot op nihil, en in de kosten ten behoeve van de tenuitvoerlegging alsnog te maken.

Legt verdachte als schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 7] de verplichting op tot betaling aan de staat van een bedrag van € 500,- bij gebreke van betaling of verhaal te vervangen door 10 dagen hechtenis.

Bepaalt dat betalingen aan de benadeelde partij voornoemd, in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de staat en dat betalingen aan de staat in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de benadeelde partij.

Wijst toe de vordering tot vergoeding van de door de benadeelde partij [slachtoffer 5] geleden schade tot een bedrag van € 500,- en veroordeelt verdachte tot betaling van dit bedrag aan [slachtoffer 5] rekeningnummer [rekeningnummer], tegen behoorlijk bewijs van kwijting.

Verklaart de benadeelde partij voor het overige niet-ontvankelijk in de vordering. Veroordeelt verdachte in de kosten door de benadeelde partij gemaakt, tot op heden begroot op nihil, en in de kosten ten behoeve van de tenuitvoerlegging alsnog te maken.

Legt verdachte als schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 5] de verplichting op tot betaling aan de staat van een bedrag van € 500,- bij gebreke van betaling of verhaal te vervangen door 10 dagen hechtenis.

Bepaalt dat betalingen aan de benadeelde partij voornoemd, in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de staat en dat betalingen aan de staat in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de benadeelde partij.

Wijst toe de vordering tot vergoeding van de door de benadeelde partij [slachtoffer 10] geleden schade tot een bedrag van € 346,- en veroordeelt verdachte tot betaling van dit bedrag aan op rekening van [slachtoffer 10], rekeningnummer [rekeningnummer], tegen behoorlijk bewijs van kwijting.

Verklaart de benadeelde partij voor het overige niet-ontvankelijk in de vordering. Veroordeelt verdachte in de kosten door de benadeelde partij gemaakt, tot op heden begroot op nihil, en in de kosten ten behoeve van de tenuitvoerlegging alsnog te maken.

Legt verdachte als schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer [slachtoffer 10] de verplichting op tot betaling aan de staat van een bedrag van € 346,- bij gebreke van betaling of verhaal te vervangen door 6 dagen hechtenis. Bepaalt dat betalingen aan de benadeelde partij voornoemd, in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de staat en dat betalingen aan de staat in mindering strekken op de verplichting tot betaling aan de benadeelde partij.

Onttrekt aan het verkeer:

- één computer,
- veertig dvd's,
- drie harddisks,
- drie compactdiscs,
- één usb geheugenkaart.

Gelast de teruggave aan verdachte van:

- één Sony Ericsson GSM telefoontoestel,
- één Nokia telefoontoestel,
- één X-Box 360 spelcomputer,
- twee videobanden,
- één digitaal fototoestel.

10. Samenstelling rechtbank en uitspraakdatum

Dit vonnis is gewezen door
mr. H.J.M. Burg, voorzitter,
mrs. A.C.M. Rutten en J.J. Dijk, rechters,
in tegenwoordigheid van de griffier mr. A. Zeeman,
en is uitgesproken op de openbare terechtzitting van 24 juli 2008.

Hof Amsterdam 31 juli 2008
112 hb-kg
BD9055

Domeinnaam, misbruik van bevoegdheid, art. 3:13 BW

Ten tijde van de registratie van de domeinnaam www.112.nl door [appellant] werd door de in Nederland voor registratie van domeinnamen verantwoordelijke Stichting Internet Domeinnaamregistratie Nederland (verder: SIDN) geen registratie toegestaan van een domeinnaam bestaande uit uitsluitend cijfers. [appellant] heeft deze domeinnaam kunnen verkrijgen door gebruik te maken van het door SIDN bij registratie van persoonsdomeinnamen door natuurlijke personen gehanteerde voorschrift, dat deze namen gevolgd dienden te worden door een punt en drie cijfers. Door als persoonsdomeinnaam 'www.112' op te geven verkreeg [appellant] de domeinnaam www.112.nl. Bij het intikken van deze domeinnaam vertaalt de browser de internetpagina www.www.112.nl automatisch tot www.112.nl.

[Appellant] heeft noch in eerste aanleg noch in hoger beroep opgegeven welk (specifiek) belang voor hem is verbonden aan de registratie van de domeinnaam www.112.nl. Het gebruik door [appellant] van de website met deze naam is beperkt gebleven tot het doorlinken naar andere websites, en vervolgens, na sommatie namens de Staat, naar de website www.startkabel.nl, een tegen het nummer 112 aanleunende commerciële site. [appellant] heeft in 2003, nadat hij door de Staat hierover was benaderd, aan overdracht van de domeinnaam een koopsom verbonden die voor de Staat niet aanvaardbaar was. Onder deze omstandigheden is het naar het voorlopig oordeel van het hof aannemelijk dat het belang van [appellant] bij registratie van de onderhavige domeinnaam uitsluitend erin is gelegen, deze naam te gelde te kunnen maken.

Hier tegenover staat het evident zwaarwegende belang van de Staat bij adequate informatie van de burgers met betrekking tot hulpdiensten van de overheid onder het Europees voorgeschreven nummer 112. Met dat belang is niet verenigbaar dat burgers die – met het oog op (informatie over) het oproepnummer voor hulpdiensten – het internet raadplegen, ook als zij daarbij gebruik maken van een zoekmachine zoals Google, bij het voor de hand liggende intikken of aanklikken van www.112.nl, zonder toevoegingen als 'sos' of 'overheid', niet op een officiële site van de overheid terecht komen maar op een commerciële website. De door de overheid met tal van voorlichtingscampagnes ondersteunde algemene bekendheid van het noodnummer 112 brengt mee, dat het publiek geneigd zal zijn de domeinnaam www.112.nl te associëren met een website van de Staat. Daaraan doet niet af dat ook regionale overheden domeinnamen plegen te gebruiken waarin 112 voorkomt, zoals www.112fryslan.nl of www.112amsterdam.nl.

Al deze omstandigheden en de daarmee verweven onevenredigheid van de hier tegenover elkaar staande belangen in aanmerking nemende, is het hof voorhands van oordeel dat [appellant] in redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn bevoegdheid tot registratie van de persoonsdomeinnaam www.112.nl, althans tot weigering van de overdracht tegen vergoeding van zijn kosten, had kunnen komen en dat hij daarom die bevoegdheid heeft misbruikt.

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST
in de zaak van:

[appellant],
wonende te Amsterdam,
APPELLANT in het principaal hoger beroep,
GEÏNTIMEERDE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. Q.J.A. Meijnen,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon STAAT DER NEDERLANDEN, zetelend te 's-Gravenhage,
GEÏNTIMEERDE in het principaal hoger beroep,
APPELLANT in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. P.N. van Regteren Altena.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna [appellant] en de Staat genoemd.

Bij dagvaarding van 1 juni 2007 is [appellant] in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen partijen (de Staat als eiser en [appellant] als gedaagde) onder zaaknummer/rolnummer 366121 / KG ZA 07-566 P/JR heeft gewezen en dat is uitgesproken op 10 mei 2007.

[appellant] heeft bij memorie vijf grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vorderingen van de Staat integraal zal afwijzen en de Staat zal bevelen binnen zeven dagen na betekening van dit arrest al datgene te doen wat nodig is om de persoonsdomeinnaam www.112.nl over te (laten) dragen aan [appellant], met veroordeling van de Staat in de kosten van het geding in beide instanties. Daarop heeft de Staat geantwoord, de grieven bestreden en zijnerzijds – in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep – eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft de

Staat één grief voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd in het principaal appel tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep en in het (voorwaardelijk) incidenteel appel tot vernietiging van dat vonnis voor zover in dit appel bestreden, met veroordeling van [appellant] in – naar het hof begrijpt – de kosten van het geding in beide hoger beroepen.

Vervolgens heeft [appellant] in het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep geantwoord, verdere bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd – zake-lijk – tot verwerping van dat appel, met veroordeling van de Staat in de kosten.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 16 mei 2008, [appellant] door zijn procureur en de Staat door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te 's-Gravenhage, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. [appellant] is in persoon verschenen. Partijen hebben vragen van het hof beantwoord.

Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.4 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daarentoe bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1. Op 29 juli 1991 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen beschikking 91/396/EEG gegeven inzake invoering van een gemeenschappelijk Europees oproepnummer voor hulpdiensten. Artikel 1, lid 1, van deze beschikking luidt:

“De Lid-Staten zorgen ervoor dat het nummer 112 als gemeenschappelijk Europees oproepnummer voor hulpdiensten wordt ingevoerd in openbare telefoonnetten en in toekomstige digitale netwerken met geïntegreerde diensten en openbare mobiele diensten.”

Het telefonisch noodnummer 112 is in 1998 in Nederland ingevoerd. Op 16 januari 2001 heeft [appellant] de domeinnaam www.112.nl geregistreerd. De Staat gebruikt thans de domeinnamen www.112sos.nl en www.sos112.nl.

Op 3 april 2007 heeft de Staat bij spoedinschrijving als bedoeld in art. 2.8, lid 2, BVIE het woordmerk 1-1-2 doen inschrijven in het Benelux Merkenregister en op 5 april 2007 het beeldmerk 1-1-2. Het woordmerk is door het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom voorlopig geweigerd, het beeldmerk is bij toetsing op absolute gronden in orde beoordeeld.

4.2. In eerste aanleg heeft de Staat gevorderd, kort gezegd, [appellant] op straffe van een dwangsom ieder gebruik te verbieden van de aanduiding 112 als (onderdeel van een) domeinnaam, daaronder niet te verstaan de domeinnaam [www.\[appellant\].112.nl](http://www.[appellant].112.nl), en hem te bevelen bij SIDN een verzoek in te dienen tot overdracht van de domeinnaam www.112.nl aan een door de Staat aan te wijzen natuurlijke persoon. De voorzieningenrechter heeft het gevorderde toegewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] op in principaal hoger beroep.

4.3. Ten tijde van de registratie van de domeinnaam www.112.nl door [appellant] werd door de in Nederland voor registratie van domeinnamen verantwoordelijke Stichting Internet Domeinnaamregistratie Nederland (verder: SIDN) geen registratie toegestaan van een domeinnaam bestaande uit uitsluitend cijfers. [appellant] heeft deze domeinnaam kunnen verkrijgen door gebruik te maken van het door SIDN bij registratie van persoonsdomeinnamen door natuurlijke personen gehanteerde voorschrift, dat deze namen gevolgd dienden te worden door een punt en drie cijfers. Alle internetpagina's behorende bij een bepaalde domeinnaam krijgen het voorvoegsel 'www'. Ook indien het voorvoegsel wordt weggelaten, worden de desbetreffende internetpagina's gevonden. Tikt men in een browser 'jansen.123.nl', dan wordt dit als het ware vertaald in 'www.jansen.123.nl'. Door als persoonsdomeinnaam 'www.112' op te geven verkreeg [appellant] de domeinnaam www.112.nl. Bij het intikken van deze domeinnaam vertaalt de browser de internetpagina www.www.112.nl automatisch tot www.112.nl.

4.4. [appellant] heeft na het vonnis de domeinnaam op verzoek van de Staat overgedragen aan mr. F.J. Oranje, notaris te 's-Gravenhage. Op 22 augustus 2007 heeft de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage aan [appellant] verlot verleend om "tot zekerheid voor levering van de persoonsdomeinnaam www.112.nl" conservatoir beslag te leggen onder voornoemde notaris, met bepaling van de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak, voor zover nodig, op één week nadat door het hof eindarrest is gewezen in dit kort geding. Op 23 augustus 2007 heeft [appellant] dienovereenkomstig beslag doen leggen op de persoonsdomeinnaam.

4.5. De Staat voert aan dat [appellant] geen (voldoende) belang heeft bij zijn hoger beroep zodat hij daarin niet ontvankelijk dient te worden verklaard, aangezien SIDN in juli 2007 heeft aangekondigd alle persoonsdomeinnamen te willen opheffen ("uitfasen") per 31 december 2007. SIDN heeft in dat verband in december 2007 de aanvraag en registratie van numerieke domeinnamen onder .nl opengesteld volgens het zogenoemde "Sunrise-Reglement".

Bij faxbrief van 14 november 2007 heeft SIDN aan de procureur van [appellant] medegedeeld dat is "besloten in afwachting van de uitspraak van het Hof de persoons-domeinnaam www.112.nl in stand te laten vanwege het gelegde beslag en niet over te gaan tot het registreren van de domeinnaam 112.nl."

Onder deze omstandigheden, alsmede gelet op het feit dat [appellant] in eerste aanleg in de kosten werd veroordeeld, moet geoordeeld worden dat [appellant]

wel degelijk belang heeft bij het door hem ingestelde hoger beroep, zodat hij daarin kan worden ontvangen.

4.6. De Staat heeft aan zijn vordering onder meer ten grondslag gelegd dat [appellant] zijn bevoegdheid om persoonsdomeinnamen te registreren, in casu www.112.nl, heeft misbruikt en daarmee onrechtmatig jegens de Staat heeft gehandeld, waardoor aan de Staat onevenredig groot nadeel wordt toegebracht. Volgens de Staat frustreert [appellant] een ordelijke informatievoorziening in het algemeen belang en heeft [appellant] geen rechtens te respecteren belang bij de registratie. Het geringe belang van [appellant] bij gebruik van de domeinnaam www.112.nl weegt niet op tegen het belang van de Staat om de burgers zo efficiënt en snel mogelijk van informatie te voorzien met betrekking tot het noodnummer 112. [appellant] kende deze onevenredigheid, althans hij behoorde deze te kennen. Door op de bovenomschreven “slimme” wijze deze persoonsdomeinnaam die voor numerieke domeinnaam kan doorgaan te registreren probeert [appellant] op onrechtmatige wijze aan te haken bij de reputatie en internationale bekendheid van het noodnummer 112, aldus de Staat.

4.7. De voorzieningenrechter heeft, kort gezegd, overwogen dat het belang van [appellant] bij behoud van de domeinnaam www.112.nl moet wijken voor het zwaarwegend belang van de Staat om de burgers goed en snel te kunnen informeren op het gebied van hulpdiensten. Geoordeeld is dat onder de in het vonnis weergegeven omstandigheden [appellant], die zich ervan bewust was of behoorde te zijn dat hij in strijd handelde met het belang van de Staat, onrechtmatig handelt jegens de Staat door zijn weigering om mee te werken aan overdracht van die domeinnaam.

Naar aanleiding van de hiertegen door [appellant] ingebrachte grieven overweegt het hof als volgt.

4.8. Ingevolge het tweede lid van art. 3:13 BW kan een bevoegdheid worden misbruikt in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen. Naar het voorlopig oordeel van het hof doet een dergelijk geval zich hier voor. Daarvoor is het volgende redengevend.

4.9. Volgens [appellant] geldt hier de regel “wie het eerst komt, die het eerst maalt” en mag hij, binnen de grenzen van het recht, als houder van de domeinnaam daarmee doen wat hem goedgeeft. [appellant] heeft noch in eerste aanleg noch in hoger beroep opgegeven welk (specifiek) belang voor hem is verbonden aan de registratie van de domeinnaam www.112.nl. Het gebruik door [appellant] van de website met deze naam is beperkt gebleven tot het doorlinken naar andere websites, in 2006/2007 gedurende enige tijd naar een pornografische website – naar [appellant] stelt door een foutieve technische koppeling – en vervolgens, na sommatie namens de Staat, naar de website www.startkabel.nl, een tegen het

nummer 112 aanleunende commerciële site. [appellant] heeft in 2003, nadat hij door de Staat hierover was benaderd, aan overdracht van de domeinnaam een koopsom verbonden die voor de Staat niet aanvaardbaar was. Onder deze omstandigheden is het naar het voorlopig oordeel van het hof aannemelijk dat het belang van [appellant] bij registratie van de onderhavige domeinnaam uitsluitend erin is gelegen, deze naam te gelde te kunnen maken.

4.10. Hier tegenover staat het evident zwaarwegende belang van de Staat bij adequate informatie van de burgers met betrekking tot hulpdiensten van de overheid onder het Europees voorgeschreven nummer 112. Met dat belang is niet verenigbaar dat burgers die – met het oog op (informatie over) het oproepnummer voor hulpdiensten – het internet raadplegen, ook als zij daarbij gebruik maken van een zoekmachine zoals Google, bij het voor de hand liggende intikken of aanklikken van www.112.nl, zonder toevoegingen als ‘sos’ of ‘overheid’, niet op een officiële site van de overheid terechtkomen maar op een commerciële website. De door de overheid met tal van voorlichtingscampagnes ondersteunde algemene bekendheid van het noodnummer 112 brengt mee, dat het publiek geneigd zal zijn de domeinnaam www.112.nl te associëren met een website van de Staat. Daaraan doet niet af dat ook regionale overheden domeinnamen plegen te gebruiken waarin 112 voorkomt, zoals www.112fryslan.nl of www.112amsterdam.nl.

4.11. Al deze omstandigheden en de daarmee verweven onevenredigheid van de hier tegenover elkaar staande belangen in aanmerking nemende, is het hof voorshands van oordeel dat [appellant] in redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn bevoegdheid tot registratie van de persoonsdomeinnaam www.112.nl, althans tot weigering van de overdracht tegen vergoeding van zijn kosten, had kunnen komen en dat hij daarom die bevoegdheid heeft misbruikt. Dat betekent dat [appellant], die zich ervan bewust was of behoorde te zijn dat hij in strijd handelde met het evidente en zwaarwegende belang van de Staat waartegen het zijne niet opwoog, onrechtmatig handelt jegens de Staat door zijn weigering om, anders dan tegen een door hem verlangde maar voor de Staat onaanvaardbare en ook in redelijkheid niet te verlangen financiële vergoeding, mee te werken aan de overdracht van de bovengenoemde domeinnaam zoals gevorderd. Dat de Staat vooralsnog de website niet zelf kan registreren, maar overdracht aan een door de Staat aangewezen natuurlijke persoon heeft gevorderd, doet aan dit een en ander niet af. Het gaat immers om het belang dat een derde de website niet exploiteert en dat belang wordt met zodanige overdracht voldoende gediend.

4.12. De conclusie luidt derhalve dat alle grieven, die geen afzonderlijke behandeling behoeven, falen en dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Dat betekent dat de voorwaarde waaronder het incidenteel appel is ingesteld niet is vervuld, zodat dit appel geen behandeling behoeft. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het (principaal) hoger beroep.

5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
verwijst [appellant] in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 2.682,- voor salaris procureur en op € 300,- aan verschotten;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, N. van Lingen en H.F. Doeleman en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 31 juli 2008.

Rb. Utrecht 3 september 2008
Zandbergen
LJN-nummer BE9612

Domeinnaam, handelsnaam, ontvlechting, verwarring, art. 22 lid 13 Verordening (EG) 874/2004 (over .eu-domeinnamen), art. B 12 (a) Voorschriften ADR

Partijen hebben bij de beëindiging van de samenwerking en de ontvlechting van de Zandbergengroep uitdrukkelijk beoogd dat zij na de ontvlechting van de Zandbergengroep als van elkaar te onderscheiden zelfstandige ondernemingen door middel van te onderscheiden handelsnamen hun werkzaamheden (op dezelfde markt) voort zouden zetten. Het door Ferdinand Zandbergen B.V. doen registreren van de domeinnaam zandbergen.eu en het vervolgens gebruik maken van deze domeinnaam, zonder enige duidelijke toevoeging ter onderscheiding, is in strijd met hetgeen in het addendum is overeengekomen en frustreert de door partijen beoogde afspraken in verband met de ontvlechting van de Zandbergengroep volledig.

Het is in beginsel juist dat ingevolge de Verordening (EG) 874/2004 het daartoe aangewezen register belast is met de registratie van eu-domeinnamen. Dit laat echter onverlet dat een partij zich tot de nationale rechter mag en kan wenden met het verzoek om te beoordelen of een bepaalde (eventueel nog te registreren) domeinnaam door een andere partij een inbreuk maakt op zijn rechten of anderszins door die andere partij niet mag worden gebruikt.

In artikel 22 lid 13 van de verordening (EG) 874/2004 is immers bepaald dat de resultaten van de ADR bindend zijn voor partijen en het register, tenzij binnen dertig kalenderdagen na de kennisgeving van het resultaat van de ADR-procedure aan partijen een gerechtelijke procedure wordt

ingeleid. Nu Ferdinand Zandbergen B.V. binnen deze gestelde termijn na kennisgeving van de beslissing van het Arbitragehof van 2 september 2007 de onderhavige procedure heeft ingeleid, is de beslissing van het Arbitragehof tot overdracht van de domeinnaam niet meer bindend tussen partijen. Reeds daardoor is Ferdinand Zandbergen B.V. uit de verplichting tot overdracht ontheven. Een afzonderlijke gerechtelijke uitspraak lijkt daar dus niet voor nodig te zijn. Artikel B 12 (a) van de Voorschriften ADR (zie http://www.adr.eu/html/nl/adr/adr_rules/adrrules_nl.pdf), waarnaar het Arbitragehof in haar uitspraak verwijst, is echter niet gelijklopend aan het genoemde artikel 22 lid 13 van de verordening (EG) 874/2004. In artikel B 12 (a) is immers bepaald dat de uitspraak van de arbiters bindend is, onverminderd het recht van partijen om een gerechtelijke procedure te starten. Met het oog op dit verschil in de formulering van voornoemde artikelen zal de rechtbank Ferdinand Zandbergen B.V. van zijn verplichting tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu ontheffen, voor zover zij daar niet al van is ontheven op grond van het bepaalde in artikel 22 lid 13 van de Verordening (EG) 874/2004.

UITSPRAAK

VONNIS
RECHTBANK UTRECHT
Sector handels- en familierecht

zaaknummer / rolnummer: 237737 / HA ZA 07-1877

Vonnis van 3 september 2008
in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FERDINAND ZANDBERGEN B.V.,
gevestigd te Veenendaal,
eiseres,
advocaat: mr. J.W.A. van Dommelen,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
JAN ZANDBERGEN B.V.,
gevestigd te Veenendaal,
gedaagde,
advocaat: mr. A.A. Bart.

Partijen zullen hierna Ferdinand Zandbergen B.V. en Jan Zandbergen B.V. genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 21 november 2007
- het proces-verbaal van comparitie van 18 maart 2007.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Ferdinand Zandbergen B.V., van welke vennootschap [directeur 1] statutair directeur is, houdt zich bezig met de (groot)handel in vlees. Zandbergen Services B.V. is bestuurder van Ferdinand Zandbergen B.V.

2.2. Jan Zandbergen B.V., van welke vennootschap [directeur 2] statutair directeur is, handelt ook in vlees. Beheersmaatschappij Bete Veenendaal B.V. is bestuurder van Jan Zandbergen B.V.

2.3. Zowel Ferdinand Zandbergen B.V. als Jan Zandbergen B.V. komen – zulks naast andere besloten vennootschappen – voort uit de (door de vader van de statutair directeurs van partijen opgerichte) zogenaamde Zandbergengroep. Op 11 oktober 2005 is tussen de betrokken partijen overeenstemming bereikt over de beëindiging van de samenwerking tussen de Bete Veenendaal Groep en de Zandbergen Services Groep en de ontvlechting daarvan. In aanvulling op de in dit kader gemaakte afspraken, is op 13 oktober 2005 door die partijen een addendum (hierna te noemen: het addendum) opgesteld. Ferdinand Zandbergen B.V. en Jan Zandbergen B.V. hebben op 13 oktober 2005 dit addendum ook ondertekend.

2.4. Het addendum behelst – voor zover hier van belang –:

(...)

VERKLAREN TE ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT:

Artikel 1 – Handelsnamen, merken etc.

1. De handelsnaam Jan Zandbergen behoort toe aan Bete Veenendaal Groep.
2. Het (geregistreerde) merk Arena Montana behoort toe aan Bete Veenendaal Groep.
3. Onverminderd hetgeen uit de wet voortvloeit, zijn zowel Bete Veenendaal Groep als Zandbergen Services Groep jegens elkaar gerechtigd gebruik te maken:
 - van het logo van Jan Zandbergen, te weten: liggende, rode ovaal met als witte uitsparing de hoofdletter Z;
 - van de toevoeging: ‘International Meat’.

4. Onverminderd hetgeen uit de wet voortvloeit, is Zandbergen Services Groep jegens Bete Veenendaal Groep gerechtigd in haar handelsnaam de naam Zandbergen te (blijven) gebruiken, met dien verstande dat de handelsnamen overigens onderscheidend dienen te zijn van de door Bete Veenendaal Groep gebruikte handelsnamen waarin de naam Zandbergen voorkomt.
(...)

2.5. Op 28 november 2005 heeft Ferdinand Zandbergen B.V. het woordmerk “ZANDBERGEN” gedeponeerd en in het Merkenregister van het Benelux-Merkenbureau doen inschrijven (inschrijvingsnummer 0780377, met als datum inschrijving 30 november 2005, depotnummer 1092790), zulks voor de waren en diensten in klasse 29, 35 en 40.

2.6. In een vonnis van 21 februari 2007 heeft rechtbank Utrecht de inschrijving van bedoeld woordmerk “ZANDBERGEN” nietig verklaard. Daartoe heeft de rechtbank onder meer het volgende overwogen:

“5.9. Uit de inhoud van het addendum blijkt ondubbelzinnig dat beide partijen het (blijvend) gebruik hebben verkregen van de naam “Zandbergen”. Dit blijvend gebruik door Zandbergen Service Groep (oftewel Ferdinand Zandbergen B.V.) is echter blijkens het addendum gelimiteerd in die zin dat de handelsnaam van deze onderneming overigens onderscheidend dient te zijn van de door Bete Veenendaal Groep, oftewel Jan Zandbergen B.V., gebruikte handelsnamen waarin de naam Zandbergen voorkomt. Dit kennelijk om na de ontvlechting van de Zandbergengroep verwarring van de beide afzonderlijke verdergaande handelsondernemingen te voorkomen bij het gebruik van de respectieve handelsnamen.

(...)

5.12. Gelet op het hiervoor vermelde, en zoals dit ook blijkt uit het van de zijde van Ferdinand Zandbergen B.V. als productie overgelegde arrest van het Gerechtshof te Amsterdam d.d. 8 juni 2006 in hoger beroep neergelegde voorlopig oordeel, moet dan ook worden geoordeeld dat partijen bij de beëindiging van de samenwerking en de ontvlechting van de Zandbergengroep uitdrukkelijk hebben beoogd dat zij na de ontvlechting van de Zandbergengroep als van elkaar te onderscheiden zelfstandige ondernemingen door middel van te onderscheiden handelsnamen hun werkzaamheden (op dezelfde markt) voort zouden zetten, waaraan zij ook daadwerkelijk uitvoering hebben gegeven.

5.13 Alhoewel partijen, zoals door Ferdinand Zandbergen B.V. is gesteld, omtrent het inschrijven van de geslachtsnaam “Zandbergen” als merk niets zijn overeengekomen, moet gezien in het licht van de wel tussen partijen gemaakte afspraken worden geoordeeld, dat het door Ferdinand Zandbergen B.V. doen inschrijven van de geslachtsnaam “ZANDBERGEN” als merk, dat op zich

zelf op grond van het bepaalde in artikel 2 BMW (thans artikel 2.1. lid 3 BVIE) tot de mogelijkheden behoort, in de gegeven omstandigheden zonder enige duidelijke toevoeging ter onderscheiding, de door partijen beoogde afspraken in verband met de ontvlechting van de Zandbergengroep (in)direct volledig frustreert. Immers, de enkele aanduiding met de naam “Zandbergen” voor dezelfde producten die partijen op dezelfde markt afzetten, verschaft in die markt onvoldoende duidelijkheid omtrent de herkomst van die producten. Ook is het zo dat Ferdinand Zandbergen B.V. wist dat Jan Zandbergen B.V. de handelsnaam “Jan Zandbergen” ten tijde van de inschrijving van het merk “ZANDBERGEN” binnen de laatste drie jaren in het Benelux gebied voor dezelfde waren te goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt. Dit terwijl het merk “ZANDBERGEN” zonder enige onderscheidende toevoeging naar het oordeel van de rechtbank te veel lijkt (en dus te veel overeenstemmend is) met de handelsnaam “Jan Zandbergen”.

5.14 Geoordeeld moet dan ook worden dat in de gegeven omstandigheden het doen inschrijven en deponeren van de enkele naam “ZANDBERGEN” door Ferdinand Zandbergen B.V. te kwader trouw is geschied als bedoeld in artikel 4 lid 6 BMW (thans artikel 2.4. aanhef en onder f. BVIE). (...)”

2.7. Vanwege het depot van de merknaam “ZANDBERGEN”, had Ferdinand Zandbergen B.V. als merkhouders tijdens de zogenaamde “Sunrise fase” voorrang met betrekking tot het (doen) registreren van de domeinnaam “zandbergen.eu” (verder ook te noemen: “de domeinnaam”). Van dit voorrangrecht heeft Ferdinand Zandbergen B.V. gebruik gemaakt. Tegen de registratie van de domeinnaam door Ferdinand Zandbergen B.V. heeft Jan Zandbergen B.V. bij het Arbitragehof van de Tjechische Republiek (verder: “het Arbitragehof”), die belast is met de geschillenbeslechting met betrekking tot eu.domeinnamen, bezwaar gemaakt. Het Arbitragehof heeft op 2 september 2007 haar beslissing als volgt geformuleerd:

“Om bovengenoemde redenen beveelt de Arbiter in overeenstemming met artikel B12 (b) en (c) van de Voorschriften van ADR dat:

- (i) de domeinnaam zandbergen.eu aan Klager moet worden overgedragen; en
- (ii) het Register deze uitspraak binnen 30 kalenderdagen vanaf de bekendmaking van de beslissing aan de Klager en de Verweerder zal uitvoeren, tenzij Verweerder een gerechtelijke procedure begint in een wederzijdse jurisdictie zoals bedoeld in artikel B 12 (a) van de Voorschriften ADR en artikel 22 lid 13 van Verordening (EG) 874/2004.”

2.8. Ferdinand Zandbergen B.V. is met het oog op deze beslissing van het Arbitragehof de onderhavige procedure begonnen.

2.9. Het Arbitragehof heeft haar beslissing onder meer als volgt gemotiveerd:

“Het addendum op de ontvlechtingsovereenkomst bevat het volgende artikel:

“Artikel 1.4. Onverminderd hetgeen uit de wet voortvloeit, is de Zandbergen Service Groep jegens Bete Veenendaal Groep gerechtigd in haar handelsnamen de naam Zandbergen te (blijven) gebruiken, met dien verstande dat de handelsnamen overigens onderscheidend dienen te zijn van de door Bete Veenendaal Groep gebruikte handelsnamen waarin de naam Zandbergen voorkomt.”

Uit deze bepaling maakt de Arbitrer op dat juist Verweerder ertoe is gehouden om afstand te nemen van de handelsnamen van Klager, en dat het dus aan Verweerder is om extra bestanddelen aan de handelsnaam Zandbergen toe te voegen om verwarring te voorkomen.

Het gebruik van de domeinnaam zandbergen.eu kan volgens de Arbitrer worden aangemerkt als handelsnaamgebruik (waarbij het .eu suffix niet relevant is). Aan deze handelsnaam is niets toegevoegd om de naam te onderscheiden van de handelsnaam van Klager. Integendeel, het slechts ondergeschikte bestanddeel (Jan) is weggelaten. Verweerder heeft daarmee de bepaling dat de handelsnaam “overigens onderscheidend dient te zijn van de door Bete Veenendaal Groep gebruikte handelsnamen waarin Zandbergen voorkomt” niet nageleefd.”

3. Het geschil

3.1. Ferdinand Zandbergen B.V. vordert, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Ferdinand Zandbergen B.V. te ontheffen van de verplichting, opgelegd bij beslissing van het Arbitragehof te Praag, verzonden op 5 september 2007, tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu aan Jan Zandbergen B.V. alsmede voor recht te verklaren dat de domeinnaam zandbergen.eu geen inbreuk vormt op enige merk en/of handelsnaam en/of enig ander recht van Jan Zandbergen B.V. en toekomt aan Ferdinand Zandbergen B.V., althans subsidiair voor recht te verklaren dat noch Ferdinand Zandbergen B.V. noch Jan Zandbergen B.V. voornoemde domeinnaam toekomt;
2. Jan Zandbergen B.V. te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2. Jan Zandbergen B.V. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Stellingen van partijen

4.1. Ferdinand Zandbergen B.V. legt aan haar onder 3.1. omschreven vorderingen primair ten grondslag dat de handelsnaam Zandbergen voldoende onderscheidend is van de handelsnaam Jan Zandbergen, zodat wel degelijk voldaan is aan het-

geen Ferdinand Zandbergen B.V. en Jan Zandbergen B.V. in het addendum zijn overeengekomen. De domeinnaam zandbergen.eu is dus rechtmatig geregistreerd, aldus Ferdinand Zandbergen B.V. Mocht deze primaire grondslag worden verworpen, dan stelt Ferdinand Zandbergen B.V. zich – kort gezegd – subsidiair op het standpunt dat de domeinnaam zandbergen.eu ook Jan Zandbergen B.V. niet toekomt. In tegenstelling tot hetgeen de Arbiter heeft overwogen, is het namelijk volgens Ferdinand Zandbergen B.V. zo dat partijen in het addendum hebben willen afspreken dat de handelsnamen over en weer van elkaar voldoende onderscheidend dienen te zijn. Partijen hebben volgens Ferdinand Zandbergen B.V. dus niet beoogd dat op Ferdinand Zandbergen B.V. een zwaardere verplichting rust om onderscheidend te zijn dan op Jan Zandbergen B.V. Dit brengt mee – zo concludeert Ferdinand Zandbergen B.V. – dat in het geval Ferdinand Zandbergen B.V. niet bevoegd is de domeinnaam zandbergen.eu te gebruiken, Jan Zandbergen B.V. die bevoegdheid ook niet heeft. Ferdinand Zandbergen B.V. heeft dus niet de verplichting deze domeinnaam aan Jan Zandbergen B.V. over te dragen.

4.2. Jan Zandbergen B.V. heeft zich tegen de vorderingen van Ferdinand Zandbergen B.V. onder meer – en sterk samengevat – verweerd met de volgende stellingen.

- a. De registratie van een eu.domeinnaam moet worden getoetst aan de criteria die zijn opgenomen in artikel 21 van de Verordening (EG) 874/2004. Deze toetsing brengt mee dat de registratie door Ferdinand Zandbergen B.V. van de domeinnaam zandbergen.eu ingetrokken moet worden, omdat die domeinnaam een verwarrende gelijkenis vertoont met de handelsnaam Jan Zandbergen en de registratie te kwader trouw is geschied. De gevorderde verklaring voor recht dat de domeinnaam zandbergen.eu geen inbreuk vormt op enige merk en/of handelsnaam en/of enig ander recht van Jan Zandbergen B.V. en toekomt aan Ferdinand Zandbergen B.V. moet daarom worden afgewezen;
- b. Ook de (subsidiair) gevorderde verklaring voor recht dat Ferdinand Zandbergen B.V. noch Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu toekomt moet worden afgewezen. De domeinnaam zandbergen.eu komt Jan Zandbergen B.V. namelijk wel toe. Jan Zandbergen B.V. heeft immers een ouder recht op de naam Zandbergen dan Ferdinand Zandbergen B.V. Daarnaast is het zo dat de vraag of Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu mag (doen) registreren eerst ter beoordeling moet worden voorgelegd aan het register dat belast is met de registratie van het eu-topniveaudomein. Met de gevorderde verklaring voor recht loopt Ferdinand Zandbergen B.V. dus vooruit op de registratieaanvraag, zodat hij in die verklaring van recht niet kan worden ontvangen.
- c. De vordering tot opheffing van de verplichting tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu moet ook worden afgewezen. Het Arbitragehof heeft namelijk geen verplichting tot overdracht opgelegd, maar heeft bepaald dat de domeinnaam zandbergen.eu aan Jan Zandbergen B.V. moet worden overgedragen en dat het register dat zal uitvoeren.

Verklaring voor recht I

4.3. Anders dan door Ferdinand Zandbergen B.V. is betoogd, is de rechtbank van oordeel dat Ferdinand Zandbergen B.V. geen recht op de domeinnaam zandbergen.eu toekomt. Gelijkluidend aan het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 8 juni 2006 en het vonnis van deze rechtbank van 21 februari 2007 wordt in dit verband het volgende overwogen. Partijen hebben bij de beëindiging van de samenwerking en de ontvlechting van de Zandbergengroep uitdrukkelijk beoogd dat zij na de ontvlechting van de Zandbergengroep als van elkaar te onderscheiden zelfstandige ondernemingen door middel van te onderscheiden handelsnamen hun werkzaamheden (op dezelfde markt) voort zouden zetten, waaraan zij ook daadwerkelijk uitvoering hebben gegeven. Ferdinand Zandbergen B.V. handelt immers onder de naam Ferdinand Zandbergen en maakt onder meer gebruik van de domeinnaam fzandbergen.nl en Jan Zandbergen B.V. onderneemt haar werkzaamheden onder de naam Jan Zandbergen en hanteert, zoals ter comparitie is komen vast te staan, de domeinnamen jzandbergen.nl, janzandbergen.nl, jzandbergen.com en janzandbergen.com. Het door Ferdinand Zandbergen B.V. doen registreren van de domeinnaam zandbergen.eu en het vervolgens gebruik maken van deze domeinnaam, zonder enige duidelijke toevoeging ter onderscheiding, is in strijd met hetgeen in het addendum is overeengekomen en frustreert de door partijen beoogde afspraken in verband met de ontvlechting van de Zandbergengroep volledig. Daar komt bij dat het gebruik van de domeinnaam zandbergen.eu door Ferdinand Zandbergen B.V., gelijk het Arbitragehof heeft geoordeeld, een verwarrende gelijkenis vertoont met de handelsnaam “Jan Zandbergen”, welke handelsnaam al sedert 1981 wordt gebruikt. Immers, de enkele aanduiding “zandbergen” voor dezelfde producten die partijen op de markt afzetten, zonder enige toevoeging ter onderscheiding, verschaft in die markt onvoldoende duidelijkheid omtrent de herkomst van die producten. Dit klemmt temeer nu juist het bestanddeel “zandbergen” in de respectieve handelsnamen van partijen gelijkluidend is en dus uitsluitend een toevoeging daaraan de ene onderneming van de andere onderscheidend maakt, zoals door partijen in het addendum ook is onderkend. De thans door Ferdinand Zandbergen B.V. ingenomen stelling dat ook het niet toevoegen van een bestanddeel aan de naam Zandbergen deze handelsnaam onderscheidend maakt van die van Jan Zandbergen, wordt dan ook verworpen.

4.4. Het vorenstaande leidt ertoe – gelijk deze rechtbank met betrekking tot het depot van het merk “ZANDBERGEN” heeft geoordeeld – dat het doen registreren van de domeinnaam zandbergen.eu te kwader trouw door Ferdinand Zandbergen B.V. is geschied en dat deze domeinnaam een te grote verwarrende gelijkenis vertoont met de oudere handelsnaam Jan Zandbergen. In het licht van deze conclusie en gegeven het bepaalde in artikel 21 lid 1 van de Verordening (EG) 874/2004 dient de domeinnaam zandbergen.eu te worden ingetrokken. Ook volgt hieruit dat de door Ferdinand Zandbergen B.V. gevorderde verklaring voor recht dat de domeinnaam zandbergen.eu geen inbreuk vormt op enige merk en/of han-

delsnaam en/of enig ander recht van Jan Zandbergen B.V. en toekomt aan Ferdinand Zandbergen B.V., wordt afgewezen.

Verklaring voor recht II

4.5. De volgende vordering van Ferdinand Zandbergen B.V. die beoordeeld moet worden is of voor recht kan worden verklaard dat Ferdinand Zandbergen B.V. noch Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu toekomt. Jan Zandbergen B.V. betoogt dat – zoals hiervoor reeds is overwogen – Ferdinand Zandbergen B.V. in deze vordering niet kan worden ontvangen. Hiertoe voert Jan Zandbergen B.V. aan dat de vraag of zij de domeinnaam zandbergen.eu mag (doen) registreren eerst ter beoordeling moet worden voorgelegd aan het register dat belast is met de registratie van het eu-topniveaudomein. Deze stelling wordt verworpen en daartoe is het volgende redengevend. Het is in beginsel juist dat ingevolge de Verordening (EG) 874/2004 het daartoe aangewezen register belast is met de registratie van eu-domeinnamen. Dit laat echter onverlet dat een partij zich tot de nationale rechter mag en kan wenden met het verzoek om te beoordelen of een bepaalde (eventueel nog te registreren) domeinnaam door een andere partij een inbreuk maakt op zijn rechten of anderszins door die andere partij niet mag worden gebruikt. Ferdinand Zandbergen B.V. is dus ontvankelijk in de door haar gevorderde – hierboven omschreven – verklaring voor recht.

4.6. Voor de beantwoording van de vraag of Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu (wel) toekomt moet – net als in de omgekeerde situatie – worden gekeken naar hetgeen partijen in het addendum zijn overeengekomen, althans bedoeld hebben overeen te komen. In het addendum staat uitsluitend dat Ferdinand Zandbergen B.V. haar handelsnamen onderscheidend dient te laten zijn van de door Jan Zandbergen B.V. gebruikte handelsnamen waarin de naam Zandbergen voorkomt. Deze afspraak tussen partijen is weliswaar eenzijdig geformuleerd, maar rechtvaardigt niet de conclusie dat Jan Zandbergen B.V. op haar beurt wel handelsnamen mag voeren die verwarringwekkende gelijkenis vertonen met de handelsnamen van Ferdinand Zandbergen B.V. Een andersluidende uitleg van de in het addendum omschreven afspraken zou overigens in strijd zijn met hetgeen partijen met de ontvlechting hebben beoogd, te weten de voortzetting van elkaar te onderscheiden zelfstandige ondernemingen door middel van te onderscheiden handelsnamen. De raadsman van Jan Zandbergen B.V. heeft ter comparitie bevestigd dat met de afspraken in het addendum is beoogd verwarring in de markt tussen Ferdinand Zandbergen B.V. en Jan Zandbergen B.V. te voorkomen. Hij heeft immers verklaard: “met betrekking tot de uitleg van artikel 1 lid 4 van het addendum bij de tussen partijen gesloten overeenkomst kan ik (...) het volgende zeggen. Met dit artikel is bedoeld verwarring tussen de bedrijven van [belanghebbende] en [belanghebbende] tegen te gaan.”

4.7. Naar het oordeel van de rechtbank wordt door het (voorgenomen) gebruik van de domeinnaam zandbergen.eu door Jan Zandbergen B.V. de hierboven

omschreven bedoeling van partijen bij de in het addendum omschreven afspraken doorkruist. Door aan deze domeinnaam niets onderscheidens toe te voegen wordt immers verwarring in de markt tussen Ferdinand Zandbergen B.V. en Jan Zandbergen B.V. niet voorkomen. Aangenomen moet namelijk worden dat de domeinnaam zandbergen.eu overeenstemmend is met de (voorgebruikte) handelsnaam “Ferdinand Zandbergen”, nu het kenmerkende deel van die beide aanduidingen – de geslachtsnaam Zandbergen – identiek is. In het licht hiervan en gegeven het feit dat beide partijen zich bezighouden met dezelfde handelsactiviteiten, wordt het gevaar gecreëerd dat verwarring ontstaat als Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu gaat voeren. De heer [medewerker] heeft namens Jan Zandbergen B.V. deze conclusie ook onderstreept door ter comparitie te verklaren: “Ik ben van mening dat enkel de naam Zandbergen sowieso verwarring in de markt met zich brengt.” Deze conclusie zou mogelijk anders luiden in het geval Jan Zandbergen B.V. vóór de ontvlechting in 2005 de handelsnaam “Zandbergen” al zonder onderscheidende toevoeging zou hebben gebruikt. Jan Zandbergen B.V. heeft gesteld dat zulks het geval was, maar deze stelling wordt verworpen. Enig bewijs waaruit zou kunnen blijken dat de handelsnaam Zandbergen (zonder toevoeging) in het verleden is gebruikt, heeft Jan Zandbergen B.V. namelijk niet in het geding gebracht. Daarnaast heeft de genoemde heer [medewerker] namens Jan Zandbergen B.V. ter comparitie verklaard: “Vóór de ontvlechting is de naam Zandbergen, dus zonder aan- of tussenvoegsel, niet echt gebruikt.”

4.8. Concluderend wordt tot het volgende oordeel gekomen. De domeinnaam zandbergen.eu vertoont verwarrende gelijkenis met de (voorgebruikte) handelsnaam Ferdinand Zandbergen. Dit staat eraan in de weg dat Jan Zandbergen B.V. deze domeinnaam gaat gebruiken. Voorts is het (voorgenomen) gebruik van de domeinnaam zandbergen.eu door Jan Zandbergen B.V. in strijd met de tussen partijen in het addendum gemaakte afspraken. Dit een en ander heeft weer als gevolg dat de eventuele registratie door Jan Zandbergen B.V. van de domeinnaam zandbergen.eu te kwader trouw zal geschieden, zodat het register niet tot registratie van deze domeinnaam ten name van Jan Zandbergen B.V. zal moeten overgaan. De door Ferdinand Zandbergen B.V. gevorderde verklaring voor recht dat Ferdinand Zandbergen B.V. noch Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu toekomt wordt dan ook toegewezen.

Ontheffing

4.9. Ferdinand Zandbergen B.V. kan in haar vordering tot ontheffing van de verplichting tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu aan Jan Zandbergen B.V., opgelegd bij beslissing van het Arbitragehof, worden ontvangen. Dit betekent dat het verweer van Jan Zandbergen B.V. dat aan Ferdinand Zandbergen B.V. door het Arbitragehof geen verplichting tot overdracht is opgelegd, wordt verworpen. Daartoe geldt dat het Arbitragehof heeft bevolen dat de domeinnaam zandbergen.eu aan Klager moet worden overgedragen. De woorden “bevelen” en “moet” geven het verplichte karakter van deze beslissing van het Arbitragehof

genoegzaam aan. Dat het verantwoordelijke register die overdracht zal moeten verzorgen, maakt dit niet anders.

4.10. Resteert de vraag of Ferdinand Zandbergen B.V. moet worden ontheven van haar verplichting tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu aan Jan Zandbergen B.V. De rechtbank is in beginsel van oordeel dat Ferdinand Zandbergen B.V. uit die verplichting al is ontheven. In artikel 22 lid 13 van de verordening (EG) 874/2004 is immers bepaald dat de resultaten van de ADR bindend zijn voor partijen en het register, tenzij binnen dertig kalenderdagen na de kennisgeving van het resultaat van de ADR-procedure aan partijen een gerechtelijke procedure wordt ingeleid. Nu Ferdinand Zandbergen B.V. binnen deze gestelde termijn na kennisgeving van de beslissing van het Arbitragehof van 2 september 2007 de onderhavige procedure heeft ingeleid, is de beslissing van het Arbitragehof tot overdracht van de domeinnaam niet meer bindend tussen partijen. Reeds daardoor is Ferdinand Zandbergen B.V. uit de verplichting tot overdracht ontheven. Een afzonderlijke gerechtelijke uitspraak lijkt daar dus niet voor nodig te zijn. Artikel B 12 (a) van de Voorschriften ADR, waarnaar het Arbitragehof in haar uitspraak verwijst, is echter niet gelijklopend aan het genoemde artikel 22 lid 13 van de verordening (EG) 874/2004. In artikel B 12 (a) is immers bepaald dat de uitspraak van de arbiters bindend is, onverminderd het recht van partijen om een gerechtelijke procedure te starten. Met het oog op dit verschil in de formulering van voornoemde artikelen zal de rechtbank Ferdinand Zandbergen B.V. van zijn verplichting tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu ontheffen, voor zover zij daar niet al van is ontheven op grond van het bepaalde in artikel 22 lid 13 van de Verordening (EG) 874/2004. Dat Ferdinand Zandbergen B.V. de domeinnaam niet aan Jan Zandbergen B.V. hoeft over te dragen brengt geen verandering in het onder 4.4. gegeven oordeel dat de ten name van Ferdinand Zandbergen B.V. geregistreerde domeinnaam zandbergen.eu moet worden ingetrokken.

Proceskostenveroordeling

4.11. Aangezien elk van partijen als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te vermelden wijze.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat noch Ferdinand Zandbergen B.V. noch Jan Zandbergen B.V. de domeinnaam zandbergen.eu toekomt,

5.2. ontheft Ferdinand Zandbergen B.V. van de verplichting opgelegd bij beslissing van het Arbitragehof te Praag, verzonden op 5 september 2007, tot overdracht van de domeinnaam zandbergen.eu aan Jan Zandbergen B.V., voor zover

Ferdinand Zandbergen B.V. van die verplichting niet al is ontheven op grond van het bepaalde in artikel 22 lid 13 van de Verordening (EG) 874/2004,

5.3. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.4. verklaart de ontheffing onder 5.2. uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.P.H. van Driel van Wageningen en in het openbaar uitgesproken op 3 september 2008.

Rb. Amsterdam 11 september 2008
Geen diefstal bandbreedte
LJN-nummer BF0824

Strafrecht, art. 310 Sr., diefstal, goed, dataverkeer, capaciteit van bandbreedte

“Data(verkeer)” is geen goed in de zin van art. 310 Sr. Ook is er geen sprake van diefstal van “capaciteit van bandbreedte”: de hoeveelheid data die tegelijkertijd via een bepaalde verbinding kan worden overgebracht is niet als een goed in de zin van art. 310 Sr. te kwalificeren. Door ongeoorloofd gebruik te maken van bandbreedte verliest de rechthebbende immers hierover niet noodzakelijkerwijs de feitelijke macht (vg. HR 3 december 1996, NJ 1997, 574). Hoewel daar in deze zaak niet van is gebleken zal het illegale gebruik wellicht ten koste gaan van de snelheid van het internet. Deze snelheid – door de officier van justitie aangeduid als wezenskenmerk van een internetverbinding – kan evenmin als goed worden aangemerkt.

VONNIS

van de rechtbank Amsterdam, meervoudige strafkamer, in de strafzaak tegen

[verdachte],
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1985,
ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens op het adres [adres] en aldaar feitelijk verblijvende.

De rechtbank heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van de politierechter op 24 juli 2008 en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 28 augustus 2008.

1. Telastelegging

Aan verdachte is telastegelegd dat

1. hij op een of meerdere tijdstippen, in of omstreeks de periode van 1 januari 2005 tot en met 28 september 2005 te Amsterdam althans in Nederland, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening, heeft weggenomen electriciteit, in elk geval enig goed, geheel of ten dele toebehorende aan Woonstichting De Key, in elk geval aan een ander(en) dan aan verdachte en/of zijn mededader(s), waarbij verdachte en/of zijn mededader(s) zich de toegang tot de plaats van het misdrijf heeft/hebben verschaft en/of de/het weg te nemen goed(eren) onder zijn/hun bereik heeft/hebben gebracht door middel van een valse sleutel; immers heeft/hebben verdachte en/of zijn mededader(s) zich toegang verschaft tot een studentenflat gelegen aan de [adres 1] door gebruik te maken van een sleutel die verdachte en/of zijn mededader(s) van een derde heeft/hebben ontvangen en tot gebruik van welke sleutel verdachten en/of zijn mededader(s) niet bevoegd was/waren, en vervolgens electriciteit weggenomen ten behoeve van het inwerkingstellen en/of gebruik maken van (een) computer(s) en/of computerserver(s) en/of (computer) apparatuur;
2. hij op een of meerdere tijdstippen, in of omstreeks de periode 1 januari 2005 tot en met 31 januari 2005 te Amsterdam althans in Nederland, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), opzettelijk en wederrechtelijk goederen, in elk geval enig goed, geheel of ten dele toebehorende aan Woonstichting De Key, in elk geval aan (een) ander(en) dan aan verdachte en/of zijn mededader(s), heeft vernield en/of beschadigd en/of onbruikbaar gemaakt door een internetkabel, gelegen in een studentenflat aan de [adres 1], door te knippen en daarop (een) computer(s) en/of computerserver(s) en/of (computer)apparatuur aan te sluiten;
3. hij op een of meerdere tijdstippen, in of omstreeks de periode van 1 januari 2005 tot en met 28 september 2005 te Amsterdam althans in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander(en), met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening, heeft weggenomen data(verkeer) en/of capaciteit van de bandbreedte van de internetaansluiting, in elk geval enig goed, geheel of ten dele toebehorende aan Woonstichting De Key, in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte en/of zijn mededader(s);
4. hij op een of meerdere tijdstippen, in of omstreeks de periode van 1 januari 2005 tot en met 28 september 2005 te Amsterdam, althans in Nederland, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), opzettelijk inbreuk heeft gemaakt op een anders auteursrecht, immers heeft/hebben verdachte en/of zijn mededader(s) inbreuk gemaakt op de auteursrechten van:
 - Barbra Streisand; en/of
 - Mariah Carey; en/of
 - Westlife en/of; en/of
 - Chjristina Aguilera en/of;

- Tony Braxton; en/of
 - Sugababes en Marvel productions ltd en/of;
 - Dreamworks skg. en/of;
 - Buena Vista Home Ent. Inc; en/of.
 - Lakeshore Ent. Group LLC.; en/of
 - Warner Bros en/of;
- door films, muziek, en computerspellen, waaronder
- “Night of my Life” en/of, - “Come Tomorrow” en/of,
 - Without Your Love” en/of,
 - muziekstukken uit het Album “Guilty Pleasures 2005” van Barbra Steisand; en/of
 - het muziekwerk van het album “The Worlds Greatest Love Songs: “My Love” van Westlife; en/of
 - het muziekwerk op het album The Worlds Greatest Love Songs: I Turn to You” van Chistina Aguilera; en/of
 - het muziekwerk op het album The Worlds Greatest Love Songs: Unbreak my Heart van Tony Braxton; en/of
 - het muziekwerk op de cd-single: “Push the Button” van Sugababes;

en/of

de films:

- “Elektra” en/of
- “The Ring 2” en/of
- “A Lot Like Love” en/of,
- “Million Dollar baby” en/of-“House of Wax”

op (een) computer(s) en/of computerserver(s) en/of (computer)apparatuur in een studentenflat gelegen aan de [adres 1] te plaatsen en voor uploaden door derden beschikbaar te stellen, terwijl dit uploaden ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, in ieder geval door de mededader(s) van verdachte, zulks zonder toestemming van de rechthebbende(n).

2. Voorvragen

De raadsman van verdachte heeft bij pleidooi verzocht de officier van justitie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging van verdachte wegens overschrijding van de op zijn redelijkheid te beoordelen termijn waarbinnen de behandeling van een strafzaak moet zijn afgerond met een eindvonnis. Hij heeft daartoe betoogd dat verdachte laatstelijk gehoord is op 19 oktober 2005 en het onderzoek formeel is afgesloten op 19 mei 2006, zodat berechting uiterlijk eind mei 2008 had dienen plaats te vinden.

De rechtbank is van oordeel dat de hiervoor bedoelde termijn is aangevangen op 28 september 2005, de datum waarop verdachte voor de eerste maal door de politie is verhoord. Vanaf dat moment moest verdachte rekening houden met een vervolging, die – wegens het ontbreken van omstandigheden die een langere termijn rechtvaardigen – op 28 september 2007 had moeten resulteren in rechterlijk vonnis. De redelijke termijn is derhalve met bijna 11 maanden overschreden. Deze

enkele overschrijding van de redelijke termijn kan niet leiden tot de sanctie van niet-ontvankelijkheid van de officie van justitie. Wel zal de rechtbank hiermee rekening houden bij de strafoplegging.

3. Waardering van het bewijs

3.1 De rechtbank gaat uit van de hierna te noemen feiten en omstandigheden. Voorzover die voor het bewijs worden gebruikt is het onderliggende bewijsmiddel en de vindplaats daarvan telkens opgenomen in een voetnoot.

Feiten en omstandigheden

3.2 Aan de deelnemers van een beperkte chatgroep op internet liet verdachte op enig moment weten dat in een studentenflat, gelegen aan de [adres 1] te Amsterdam en waar hij kort als [functie] had gewerkt, een zeer snelle internetverbinding was aangelegd. Het betrof internetkabels met een capaciteit van 100 Mb. Verdachte, die de beschikking had over gekopieerde sleutels van de studentenflat, bood vervolgens een aantal anderen de gelegenheid computers op deze internetkabels aan te sluiten. Voor de eerste maal gebeurde dat in januari 2005. In totaal zijn vijf computers boven de plafondplaten geplaatst en aangesloten op de internetkabels. Op deze wijze werd illegaal gebruik gemaakt van de internetverbinding van de studentenflat.

3.3 De huismeester, werkzaam bij woonstichting De Key die eigenaar is van de studentenflat, hoorde op 27 september 2005 in de gang van de flat een zoemend geluid. Na het losschroeven van een plafondplaat zag hij vijf computers staan die in werking waren. Hij zag dat de kabels waren doorgeknipt en met meerdere routers verbonden waren. Tevens zag hij dat stroom van het lichtnet werd afgetapt ten behoeve van de computers. Hij liet nog diezelfde dag de computers weghalen. Voor het vernielen, dan wel beschadigen van de internetkabels en het wegnemen van stroom heeft de woonstichting De Key geen toestemming gegeven.

3.4 Op 28 september 2005 zijn de vijf computers door de politie in beslag genomen en genummerd A1 tot en met A5. Bij het uitlezen van harddisks van computer 'A2' blijkt dat daarop films staan, getiteld Elektra, Ring 2, A Lot Like Love, Million Dollar Baby en House Of Wax.

3.5 [aangever 1] van de Nederlandse Vereniging van Producenten- en Importeurs van beeld- en geluidsdragers (NVPI) heeft namens de rechthebbenden aangifte gedaan van overtreding van de Auteurswet. Uit de aangifte blijkt dat Marvel Productions Ltd. de rechthebbende van de film Elektra is. De rechten van The Ring 2 berusten bij Dreamworks skg., de rechten van A Lot Like Love bij Buena Vista Home Ent. Inc. en die van Million Dollar Baby bij Lakeshore Ent. Group LLC. Warner Bros tenslotte, beschikt over de auteursrechten van de film House of Wax. Blijkens de aangifte geven de rechthebbenden aan derden geen toestem-

ming die filmwerken te reproduceren, dan wel verveelvoudigingen daarvan te verspreiden.

Diefstal

3.6 Terzake de beschuldiging van diefstal is de rechtbank met de officier van justitie van oordeel dat “data(verkeer)” geen goed is in de zin van artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht.

3.7 In tegenstelling tot de officier van justitie is de rechtbank echter van oordeel dat ook “capaciteit van bandbreedte”, de hoeveelheid data die tegelijkertijd via een bepaalde verbinding kunnen worden overgebracht, niet als zodanig is te kwalificeren. Door ongeoorloofd gebruik te maken van bandbreedte verliest de rechthebbende immers hierover niet noodzakelijkerwijs de feitelijke macht (vgl. HR 3 december 1996, NJ 1997, 574). Hoewel daarvan in deze zaak niet is gebleken, zal het illegale gebruik wellicht ten koste gaan van de snelheid van het internet. Deze snelheid – door de officier van justitie aangeduid als wezenskenmerk van een internetverbinding – kan evenmin als goed worden aangemerkt.

Inbreuk maken op auteursrechten

3.8 Ten aanzien van de beschuldiging dat verdachte tezamen en in vereniging met anderen inbreuk heeft gemaakt op auteursrechten, heeft de raadsman bepleit dat verdachte hooguit kan worden aangemerkt als medeplichtige.

3.9 Uit hetgeen onder 3.2 is overwogen, volgt echter dat verdachte degene is geweest die anderen heeft gewezen op het bestaan van de snelle internetverbinding en dat hij als enige toegang kon verschaffen tot de studentenflat. Anders gezegd: zonder verdachte hadden de computers nooit geplaatst kunnen worden. Uit de verklaring van verdachte ter terechtzitting blijkt voorts dat hij als beloning toegang kreeg tot alle vijf computers, wat hem in staat stelde thuis heel veel sneller muziek en films te downloaden. Daarnaast heeft verdachte deze computers ook in werking gehouden door, bij problemen, de computers met een remote te “resetten”. Dat gebeurde twee à drie keer per maand.

3.10 Zodoende was verdachte zeer nauw betrokken bij de installatie en het onderhoud van de computers waarop anderen muziek, films en spelletjes plaatsten ter verdere verspreiding. Dat verdachte daarmee bekend was, volgt alleen al uit het feit dat hij zelf heel veel van deze computers downloadde. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verdachte zich hiermee schuldig gemaakt aan het medeplegen van inbreuk maken op de auteursrechten van de onder 3.5 genoemde bedrijven.

3.11 Met betrekking tot de in de telastelegging opgenomen muziekstukken overweegt de rechtbank nog het volgende. In het dossier bevindt zich geen enkele lijst van uitgelezen harde schijven, waarop deze muziekstukken voorkomen, terwijl

evenmin de in de aangiftes van NVPI (D 064) en Stichting STEMRA (D 068) genoemde lijst van Stichting BREIN zich in het dossier bevindt.

Daarnaast is onduidelijk wie de auteursrechten van genoemde muziekstukken bezitten. Dat deze zijn overgedaan aan Stichting STEMRA, zoals deze in haar aangifte beweert, komt de rechtbank ongeloofwaardig voor. Zij kan slechts, net als NVPI, optreden namens de rechthebbenden. In de aangifte van NVPI worden de artiesten genoemd als uitvoerend kunstenaar; dit maakt hen echter nog geen auteursrechthebbenden. Het bewijs daarvoor ontbreekt in elk geval. Voor de goede orde merkt de rechtbank op dat overtreding van de Wet op de naburige rechten niet is telastegelegd.

BEWEZENVERKLARING

3.12. De rechtbank acht op grond van het vorenstaande wettig en overtuigend bewezen dat verdachte:

ten aanzien van het onder 1 telastegelegde:

in de periode van 1 januari 2005 tot en met 27 september 2005 te Amsterdam, tezamen en in vereniging met anderen, met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft weggenomen elektriciteit, toebehorende aan Woonstichting De Key, waarbij verdachte en zijn mededaders zich de toegang tot de plaats van het misdrijf hebben verschaft door middel van een valse sleutel; immers hebben verdachte en zijn mededaders zich toegang verschaft tot een studentenflat gelegen aan de [adres 1] door gebruik te maken van een sleutel die verdachte van een derde heeft ontvangen en tot gebruik van welke sleutel verdachte en zijn mededaders niet bevoegd waren en hebben verdachte en zijn mededaders vervolgens elektriciteit weggenomen ten behoeve van het in werking stellen en gebruik maken van computers;

ten aanzien van het onder 2 telastegelegde:

in de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 januari 2005 te Amsterdam, tezamen en in vereniging met anderen, opzettelijk en wederrechtelijk een goed, toebehorende aan Woonstichting De Key, heeft beschadigd door een internetkabel, gelegen in een studentenflat aan de [adres 1], door te knippen;

ten aanzien van het onder 4 telastegelegde:

in de periode van 1 januari 2005 tot en met 27 september 2005 te Amsterdam, tezamen en in vereniging met een ander, opzettelijk inbreuk heeft gemaakt op een anders auteursrecht, immers hebben verdachte en zijn mededader inbreuk gemaakt op de auteursrechten van:

- Marvel productions ltd en
- Dreamworks skg. en

- Buena Vista Home Ent. Inc en
- Lakeshore Ent. Group LLC. en
- Warner Bros

met betrekking tot de films:

- “Elektra” en
- “The Ring 2” en
- “A Lot Like Love” en
- “Million Dollar Baby en
- “House of Wax”

door een computer in een studentenflat gelegen aan de [adres 1] te plaatsen en voor uploaden beschikbaar te stellen, terwijl dit uploaden van die films ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden door de mededader van verdachte, zulks zonder toestemming van de rechthebbenden.

Voorzover in de telastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. Verdachte is hierdoor niet in zijn verdediging geschaad.

4. De strafbaarheid van de feiten

De bewezen geachte feiten zijn volgens de wet strafbaar. Het bestaan van een rechtvaardigingsgrond is niet aannemelijk geworden.

5. De strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte uitsluit. Verdachte is dan ook strafbaar.

6. Motivering van de straffen en maatregelen

De officier van justitie heeft bij requisitoir gevorderd dat verdachte ter zake van de door hem onder 1, 2, 3 en 4 bewezen geachte feiten zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 2 maanden, met aftrek van voorarrest.

De hierna te noemen strafoplegging is in overeenstemming met de ernst van het bewezen geachte, de omstandigheden waaronder dit is begaan en de persoon van verdachte, zoals van een en ander ter terechtzitting is gebleken.

De rechtbank is van oordeel dat aanleiding bestaat om bij de straftoemeting af te wijken van hetgeen door de officier van justitie is gevorderd en overweegt in dat verband dat de feiten weliswaar ernstig zijn, doch niet zodanig dat een vrijheidsstraf thans opportuun is. De rechtbank weegt daarbij mee dat verdachte, zoals blijkt uit het hem betreffende Uittreksel Justitiële Documentatie van 1 augustus 2008, geen documentatie heeft op het gebied van vermogensdelicten en de Auteurswet. Bovendien heeft verdachte sinds geruime tijd een vaste baan. De rechtbank vindt onder deze omstandigheden een werkstraf van 60 uur een passende sanctie. Vanwege de – hiervoor genoemde – overschrijding van de redelijke termijn, die minder dan een jaar bedraagt, zal de rechtbank genoemde straf verminderen met 10%, zodat uiteindelijk een werkstraf van 54 uren zal worden opgelegd.

7. Toepasselijke wettelijke voorschriften

De op te leggen straf is gegrond op de artikelen 22c, 22d, 47, 57, 63 en 311 en 350 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 31 van de Auteurswet.

Deze wettelijke voorschriften zijn toepasselijk zoals geldend ten tijde van het bewezengeachte.

De rechtbank komt op grond van het voorgaande tot de volgende beslissing.

8. Beslissing

Verklaart het onder 3 telastegelegde niet bewezen en spreekt verdachte daarvan vrij.

Verklaart bewezen dat verdachte het onder 1, 2 en 4 telastegelegde heeft begaan zoals hiervoor in rubriek 3 is aangegeven.

Verklaart niet bewezen hetgeen aan verdachte meer of anders is telastegelegd dan hiervoor is bewezen verklaard en spreekt verdachte daarvan vrij.

Het bewezenverklaarde levert op:

ten aanzien van het onder 1 telastegelegde:

diefstal door twee of meer verenigde personen waarbij de schuldige zich de toegang tot de plaats van het misdrijf heeft verschaft door middel van een valse sleutel;

ten aanzien van het onder 2 telastegelegde:

medeplegen van opzettelijk en wederrechtelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, beschadigen;

ten aanzien van het onder 4 telastegelegde:

medeplegen van opzettelijk inbreuk maken op eens anders auteursrecht.

Verklaart het bewezene strafbaar.

Verklaart verdachte, [verdachte], daarvoor strafbaar.

Veroordeelt verdachte tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van 54 uren, met bevel, voor het geval dat de veroordeelde de taakstraf niet naar behoren heeft verricht, dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor de duur van 27 dagen, met bevel dat de tijd die door veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in verzekering is doorgebracht, bij de uitvoering van deze straf geheel in mindering zal worden gebracht naar de maatstaf van 2 uren per dag.

Beveelt dat verdachte de aanwijzingen en opdrachten opvolgt die hem in het kader van de tenuitvoerlegging van de taakstraf door of namens de reclassering worden gegeven.

Dit vonnis is gewezen door
mr. W.F. Korthals Altes, voorzitter,
mrs. D.J. Cohen Tervaert en J. Piena, rechters,
in tegenwoordigheid van R. Rog, griffier,
en uitgesproken op de openbare terechtzitting van deze rechtbank van 11 september 2008.

Sector kanton rechtbank Haarlem 17 september 2008
Business class
LJN-nummer BF5730

E-commerce, algemene voorwaarden, totstandkoming overeenkomst

Eiser heeft geprobeerd via internet bij Alitalia een vliegticket te boeken, wat door een storing niet lukte – maar een dag later lukte het telefonisch wel. In de e-mail bevestiging van die boeking stond, foutief, dat een deel van de reis economy-class zou moeten worden afgelegd. Eiser heeft meteen gereclameerd, en Alitalia heeft toegezegd eiser alsnog een correcte bevestiging te sturen – hetgeen niet is gebeurd. De vraag is of in het telefonisch contact een overeenkomst tot stand is gekomen. Alitalia beroept zich op haar algemene voorwaarden, waarin onder meer staat: The ticket constitutes the documental proof of stipulation of the contract of carriage between the Carrier and the passenger indicated on the ticket. Anders dan Alitalia betoogt houdt de door haar aangehaalde bepaling in haar algemene voorwaarden niet in dat de overeenkomst pas tot stand komt met de uitgave van het ticket. Die bepaling geeft slechts aan dat dat ticket als bewijs geldt van de overeenkomst. Tegenover bewijs kan echter tegenbewijs worden geleverd en naar het oordeel van de kantonrechter heeft [eiser] dat tegenbewijs geleverd.

UITSPRAAK

RECHTBANK HAARLEM

Sector kanton
Locatie Haarlem

zaak/rolnr.: 375362/ CV EXPL 08-2584
datum uitspraak: 17 september 2008 (bij vervroeging)

VONNIS VAN DE KANTONRECHTER

inzake

[eiser]
te [woonplaats]
eisende partij
hierna te noemen [eiser]
gemachtigde mr. M.C. Lips (ARAG)

tegen

de buitenlandse vennootschap Società per azioni
ALITALIA LINEE AEREE ITALIANA S.P.A.
gevestigd te Rome, Italië,
kantoorhoudend te Luchthaven Schiphol
gedaagde partij
hierna te noemen Alitalia
gemachtigde mr. R. van der Woude

De procedure

[eiser] heeft Alitalia gedagvaard op 22 februari 2008. Alitalia heeft schriftelijk geantwoord.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 21 mei 2008 een comparitie van partijen gelast, welke heeft plaatsgevonden op 2 september 2008 en waarbij de griffier aantekeningen heeft gemaakt van hetgeen partijen verder naar voren hebben gebracht. Partijen hebben ter zitting nog producties in het geding gebracht.

De vordering

[eiser] vordert (samengevat) veroordeling van Alitalia tot betaling van € 1.246,- aan hoofdsom en € 178,50 voor buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met rente. [eiser] stelt daartoe onder meer het volgende.

[eiser] heeft op 21 mei 2007 geprobeerd via internet een business class ticket te boeken voor het traject Amsterdam – Rome – Buenos Aires – Rome – Amsterdam bij Alitalia vanaf 9 juni 2007. Vanwege een storing lukte dat niet, maar hij heeft toen wel op de website van Alitalia zijn reis samengesteld. Op 22 mei 2007 heeft [eiser] dat ticket alsnog bij Alitalia geboekt, waarvoor als prijs € 4.554,33 werd opgegeven. [eiser] heeft voor de betaling desgevraagd zijn creditcardnummer aan Alitalia opgegeven. Op 22 mei 2007 heeft [eiser] per e-mail een bevestiging van dat ticket gekregen voor een bedrag van € 4.544,33, maar daarin stond een fout; op het traject Buenos Aires – Rome werd geen business class ticket aangeboden maar een economy class ticket, terwijl voor het hele traject business class was overeengekomen. Bovendien was sprake van een onjuiste aankomsttijd. [eiser] heeft die dag nog op de website van Alitalia gekeken, waar te zien was dat de door hem verlangde business class combinatie die dag via internet € 4.518,33 kostte.

[eiser] heeft direct bij Alitalia gereclameerd over de economy class in plaats van de geboekte business class. Alitalia heeft toegezegd dat [eiser] alsnog een correcte bevestiging zou ontvangen maar dat dat wel enige tijd zou kunnen duren. Op 24 mei 2008 heeft [eiser] persoonlijk bij de Alitalia-desk op Schiphol geïnformeerd of de correctie al was verwerkt. De deskmedewerker heeft bevestigd dat dat het geval was en [eiser] is hiervan een print uit het systeem van Alitalia overhandigd. Desondanks heeft [eiser] op 7 juni 2007 opnieuw een deels foutieve boekingsbevestiging ontvangen. Op 8 juni 2007 heeft [eiser] van Alitalia vernomen dat [eiser] alleen business class op het traject Buenos Aires – Rome kon vliegen als hij € 1.246,- zou bijbetalen. Omdat de omstandigheden het [eiser] niet toelieten de vlucht te annuleren, heeft hij dat bedrag betaald, zij het onder protest. [eiser] stelt dat op 22 mei 2008 per telefoon een rechtsgeldige overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan Alitalia gehouden was [eiser] een business class ticket voor het hele traject te verstrekken voor de prijs van € 4.554,33 en hem daadwerkelijk business class te vervoeren. Het bedrag van € 1.246,- is daarom door hem onverschuldigd betaald aan Alitalia en [eiser] vordert dat bedrag nu terug. Omdat Alitalia nalatig is gebleven om dat bedrag terug te betalen, heeft [eiser] buitengerechtelijke kosten moeten maken welke hij nu door Alitalia vergoed wil hebben.

Het verweer

Alitalia betwist de vordering. Zij voert daartoe onder meer het volgende aan. De bij dagvaarding overgelegde print van de website van Alitalia dateert van 22 mei 2007. De informatie op de website betreft in zijn algemeenheid geen onherroepelijk en persoonlijk aanbod, zo ook niet in dit geval. Het aanbod kan van minuut tot minuut verschillen. Via internet boeken was die dag niet mogelijk en ook in het contact tussen [eiser] en het callcenter van Alitalia op 22 mei 2008 is geen overeenkomst tot stand gekomen. [eiser] heeft daarbij slechts een opdracht tot boeking gegeven. De boeking zelf komt pas tot stand bij de persoonlijke bevestiging daarvan, bij ontvangst van het (e-)ticket, in dit geval eveneens op 22 mei 2007. Alitalia wijst in dat verband naar de algemene vervoersvoorwaarden. Daarin staat onder meer: The ticket constitutes the documental proof of stipulation of the contract of carriage between the Carrier and the passenger indicated on the ticket.

Alitalia heeft geen fout gemaakt die zij had moeten herstellen. De print van de desk van Alitalia op Schiphol is alleen voor intern gebruik en slechts de bevestiging dat de wens van [eiser] door de desk in het systeem is geregistreerd. [eiser] kan daaraan geen rechten ontleen. Die registratie heeft zijn boeking niet veranderd. [eiser] had ervoor kunnen kiezen nakoming te vorderen of de reis te annuleren, maar dat heeft hij niet gedaan. Hij heeft zijn oorspronkelijke boeking gewijzigd en het daarvoor verschuldigde bedrag heeft hij Alitalia betaald. [eiser] kan geen aanspraak maken op enige terugbetaling.

De beoordeling van het geschil

1. Op de voet van artikel 4 van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van de Europese Unie (de EEX-verordening) en artikel 1: 14 BW is de Nederlandse rechter en in dit geval de kantonrechter te Haarlem bevoegd van de vordering kennis te nemen.

Nu niet blijkt van enige rechtskeuze houdt de kantonrechter het ervoor dat Nederlands recht van toepassing is.

2. De kantonrechter is van oordeel dat de vordering moet worden toegewezen op grond van de volgende vaststellingen en overwegingen.

3. Anders dan Alitalia betoogt houdt de door haar aangehaalde bepaling in haar algemene voorwaarden niet in dat de overeenkomst pas tot stand komt met de uitgave van het ticket. Die bepaling geeft slechts aan dat dat ticket als bewijs geldt van de overeenkomst. Tegenover bewijs kan echter tegenbewijs worden geleverd en naar het oordeel van de kantonrechter heeft [eiser] dat tegenbewijs geleverd.

4. Ter zitting heeft [eiser] verklaard dat hij op 21 mei 2007 via de website al een confirmation number namelijk LSIQGV had gekregen, dat hij dat nummer ook tegenover het callcenter van Alitalia heeft genoemd, dat dat nummer daarna telkens door Alitalia is gebruikt en vermeld, dat Alitalia niet één maar twee fouten in het e-ticket had gemaakt, namelijk ook met de aankomsttijd in Amsterdam, en dat die laatste fout wel door Alitalia was hersteld. [eiser] heeft zijn stellingen gestaafd met de bij dagvaarding overgelegde producties en met een uitdraai van de website van Alitalia gedateerd 21 mei 2007 waarop de door [eiser] verlangde business class combinatie staat vermeld inclusief bestemmingen en vertrek- en aankomsttijden alsook het confirmation number LSIQGV. Dat nummer staat ook op de door Alitalia uitgegeven e-tickets en op de uitdraai van de desk van Alitalia op Schiphol. Op die laatste print is niet alleen het herstel te zien ten aanzien van de business class, maar ook van de aankomsttijd in Amsterdam. Die zou volgens de uitdraai van 21 mei 2007 om 12.00 uur moeten zijn maar volgens het eerste e-ticket om 13.00 uur. Op het tweede e-ticket is dat 12.00 uur geworden, zoals ook al aangegeven op de print van de desk. Énig herstel is dus wel in de organisatie van Alitalia tot stand gekomen.

5. Desgevraagd heeft Alitalia ter zitting niet kunnen aangeven wat volgens haar op 22 mei 2007 de prijs zou zijn geweest voor het door [eiser] verlangde ticket voor de combinatie in plaats van het door Alitalia bevestigde ticket met een economy class vlucht erin. Volgens Alitalia was dat niet meer te bepalen omdat daarvoor toen al geen stoel meer beschikbaar was. Echter bij dagvaarding heeft [eiser] een uitdraai overgelegd van 22 mei 2007 waarin die combinatie nog wel staat opgenomen en daarvan heeft Alitalia niet gemotiveerd betwist dat die is gemaakt nadat [eiser] zijn boeking telefonisch had doorgegeven aan het callcenter van Alitalia. Ook is [eiser] uiteindelijk gewoon met die betreffende vluchten business

class meegegaan na een herstelboeking van de zijde van Alitalia van latere datum. Daarmee heeft Alitalia de stelling van [eiser] onvoldoende gemotiveerd betwist dat [eiser] ook vanwege de in rekening gebrachte prijs ervan uit mocht gaan dat de overeenkomst tot stand was gekomen met de door hem verlangde combinatie. Dit geldt eens te meer nu Alitalia zelf van meet af aan gebruik heeft gemaakt van het door [eiser] opgegeven confirmation number LSIQGV, dat blijkt uit de uitdraai van 21 mei 2007 zag op een volledig business class reis.

6. Al deze omstandigheden in aanmerking genomen, kan Alitalia in deze procedure dan ook niet volstaan met verwijzing naar de e-tickets. Het had op haar weg gelegen om tenminste aannemelijk te maken dat het callcenter uitdrukkelijk met [eiser] had besproken dat één gedeelte van de reis economy class zou worden. Alitalia heeft hieromtrent echter in het geheel niets gesteld of feitelijk toegelicht. Aangenomen moet dan ook worden dat de met Alitalia gesloten overeenkomst een volledig business class reis betrof tegen betaling van € 4.554,33.

7. Anders dan Alitalia heeft betoogd heeft [eiser] wel degelijk nakoming van die overeenkomst gevorderd, maar Alitalia heeft nog vóór de vlucht meermaals te kennen gegeven dat zij de door [eiser] verlangde prestatie niet zou leveren. Daarmee is Alitalia zonder dat nog een ingebrekestelling nodig was in verzuim gekomen. Vervolgens heeft zij [eiser] voor het blok gezet en nog een betaling gevorderd, welke [eiser] onder protest heeft verricht waarna [eiser] zijn reis kon beginnen. Op die betaling had Alitalia geen enkel recht; [eiser] had immers al voor dat ticket betaald. [eiser] heeft dat bedrag van € 1.246,- dus onverschuldigd betaald en Alitalia moet dat terugbetalen.

8. De kosten verbonden aan de door [eiser] gestelde – en door Alitalia niet betwiste – buitengerechtelijke werkzaamheden zijn aan te merken als redelijke kosten die voor afzonderlijke vergoeding in aanmerking komen, en wel voor een bedrag overeenkomstig het in rapport Voorwerk II vastgelegde geldende tarief van € 178,50.

9. De conclusie luidt dat de vordering zal worden toegewezen. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht behoeft geen bespreking meer, nu dit in het licht van hetgeen in dit vonnis is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kan leiden.

10. De proceskosten komen voor rekening van Alitalia omdat deze in het ongelijk wordt gesteld.

Beslissing

De kantonrechter:

- veroordeelt Alitalia tot betaling aan [eiser] van € 1.424,50 te vermeerderen met de wettelijke rente over € 1.246,- vanaf 26 oktober 2007 en over € 178,50 vanaf 22 februari 2008, alles tot aan de dag van de algehele voldoening;
- veroordeelt Alitalia tot betaling van de proceskosten, die aan de kant van [eiser] tot en met vandaag worden begroot op de bedragen zoals deze hieronder zijn gespecificeerd:

dagvaarding	€ 85,44
vastrecht	€ 201,-
salaris gemachtigde	€ 300,-;
- verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.A. Boom en uitgesproken op de openbare terechtzitting van bovengenoemde datum.

Sector kanton rechtbank 's-Hertogenbosch 2 oktober 2008

Foto's

LJN-nummer BF9979

Auteursrecht, foto's op website

Gedaagde heeft op zijn website twee foto's van Johan Cruijff geplaatst zonder toestemming van eiser, die auteursrechthebbende is. Dat de foto nooit op de server van de website van [gedaagde A.] heeft gestaan en niet door deze website is "ge-upload" doet – wat daar overigens van zij – niet ter zake. De foto is op de website geplaatst. [gedaagden] erkennen dit. Daarmee is de foto openbaar gemaakt zonder toestemming van de gerechtigde en dit is niet toegestaan. Ook het verweer dat [eiser] zijn foto's beter had moeten beschermen kan geen doel treffen. Zelfs al zou de foto niet (doeltreffend) zijn beschermd, dan betekent dit nog geen vrijbrief voor onrechtmatige publicatie. Gedaagde moet ruim € 2400 aan schadevergoeding betalen en ruim € 1600 aan proceskosten.

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector Kanton, locatie 's-Hertogenbosch

Zaaknummer: 568920

Rolnummer: 08-5764

Uitspraak: 2 oktober 2008

in de zaak van

[eiser]
wonende te [woonplaats]
eiser
gemachtigde mr. L. Verkoren

tegen

[gedaagde G.]
en
[gedaagde A.]
beiden wonende te [woonplaats]
gedaagden.

Partijen zullen “[eiser]” en “[gedaagden] ” worden genoemd.

De procedure

[eiser] heeft dit geschil aanhangig gemaakt bij dagvaarding van 24 juni 2008.
[gedaagden] hebben schriftelijk verweer gevoerd.
Partijen hebben conclusies van repliek en dupliek genomen
De uitspraak is bepaald op vandaag.

Vaststaande feiten

[gedaagde A.] exploiteert een commerciële website genaamd “www.soccer4u.nl”.
[gedaagde G.] is de vader van [gedaagde A.] en treedt in het onderhavige geschil in en buiten rechte als zijn gemachtigde op.
[gedaagde A.] heeft op zijn website tweemaal gebruikgemaakt van een foto van Johan Crujff.

De vordering en het verweer

[eiser] stelt de maker in de zin van de auteurswet van en daarmee de auteursge-rechtigde te zijn tot de foto. Hij stelt dat deze foto zonder zijn toestemming, zon-der vermelding van zijn naam en zonder betaling van een vergoeding openbaar is gemaakt, hetgeen jegens hem onrechtmatig is. Hij vordert vergoeding van de door hem geleden schade welke hij begroot op een totaalbedrag van € 2.420,-. Deze begroting is gebaseerd op de algemene voorwaarden van de Fotografenfederatie.
[gedaagden] bestrijden de vordering van [eiser] en de gronden waarop deze berust.

Zij stellen onder meer dat de gang naar de rechter door [eiser] te snel en onrede-lijk is. In dit verband diskwalificeren zij de eerste gemachtigde van [eiser]. Zij stellen dat de betreffende foto nooit op de server van de website heeft gestaan. Zij

stellen voorts dat [eiser] zijn foto's beter had moeten beschermen. Zij bestrijden de foto te hebben verkleind. Zij bestrijden tenslotte de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden waar [eiser] naar verwezen heeft.

Zij formuleren een tegeneis verband houdende met gederfde inkomsten en het onderbreken van een vakantie.

Bij conclusie van dupliek stellen [gedaagden] nog, dat niet is aangetoond, dat [eiser] beschikt over of gebruik mag maken van het portretrecht van Johan Cruijff.

De beoordeling

[gedaagden] hebben de stelling van [eiser], dat hij de maker van de foto is niet bestreden, zodat dit in dit geding vaststaat.

Daarmee staat ook vast, dat het auteursrecht op de foto bij [eiser] berust.

De publicatie van de foto op de door [gedaagde A.] geëxploiteerde website is – ook dit is niet bestreden – geschied zonder toestemming van [eiser] en zonder vermelding van diens naam als maker en auteursgerechtigde. Deze publicatie is dan ook verboden en onrechtmatig.

Het verweer van [gedaagden], dat te snel de gang naar de rechter is gemaakt, faalt.

Uit het dossier blijkt, dat de gemachtigden van [eiser] meerdere malen hebben geprobeerd dit geschil zonder een procedure bij de rechter op te lossen en dat [gedaagden] hebben geweigerd daar aan mee te werken. Dat de gang naar rechter is gemaakt kan [eiser] dan ook in het geheel niet worden verweten. De wettelijke termijnen zijn in acht genomen zodat evenmin gezegd kan worden dat de rechtsgang te snel is geweest.

Dat de foto nooit op de server van de website van [gedaagde A.] heeft gestaan en niet door deze website is “ge-upload” doet – wat daar overigens van zij – niet ter zake. De foto is op de website geplaatst. [gedaagden] erkennen dit. Daarmee is de foto openbaar gemaakt zonder toestemming van de gerechtigde en dit is niet toegestaan.

Ook het verweer dat [eiser] zijn foto's beter had moeten beschermen kan geen doel treffen. Zelfs al zou de foto niet (doeltreffend) zijn beschermd, dan betekent dit nog geen vrijbrief voor onrechtmatige publicatie.

Dat de foto bij plaatsing op de website is versmald is eenvoudig vast te stellen, zodat ook het hierop betrekking hebbende onderdeel van het verweer van [gedaagden] moet worden gepasseerd.

Het bij dupliek nog gevoerde verweer dat niet aangetoond is dat [eiser] “beschikt over en/of gebruik mag maken van” het portret recht van Johan Cruijff is in dit geding niet ter zake.

Het onrechtmatig handelen van [gedaagde A.] kan hem, ook gezien zijn leeftijd, worden toegerekend. Feiten of omstandigheden, die tot een andere conclusie aanleiding zouden kunnen geven zijn niet gesteld en daarvan is niet gebleken.

Hij is dus verplicht de door [eiser] geleden schade te vergoeden.

[eiser] heeft bij de begroting daarvan aangeknoopt bij de maatstaven genoemd in de algemene voorwaarden van de Fotografiefederatie. [gedaagden] hebben daarvan gezegd, dat algemene voorwaarden slechts van toepassing zijn op een tussen partijen gesloten overeenkomst en dat tussen hen en [eiser] (zij noemen in dit verband kennelijk ten onrechte de naam van de eerste gemachtigde van [eiser]) geen overeenkomst is aangegaan. Deze stelling van [gedaagden] is niet onjuist, echter dit neemt niet weg, dat, waar de schade van [eiser] niet exact kan worden vastgesteld, de in de algemene voorwaarden genoemde maatstaven een redelijk aanknopingspunt voor de begroting van de schade geven. Dit als zodanig hebben [gedaagden] niet bestreden, evenmin als de in de begroting van [eiser] genoemde bedragen, zodat de kantonrechter [eiser] daarin zal volgen.

[eiser] heeft daarnaast een recht op integrale vergoeding van zijn kosten van rechtsbijstand. Deze zijn door [eiser] begroot op een totaalbedrag van € 1.456,93, welk bedrag de kantonrechter correct voorkomt, met dien verstande, dat in dit bedrag nog geen rekening is gehouden met het bij dagvaarding gevorderde griffierecht van € 201,-. Ter zake zal worden toegewezen een bedrag van € 1.647,93. [eiser] heeft niets gesteld dat ook de aansprakelijkheid van [gedaagde G.] voor schending van zijn auteursrecht zou kunnen rechtvaardigen. Hij vordert ook geen hoofdelijke veroordeling. Hij vordert in het petitum van de dagvaarding de veroordeling van “gedaagde”, enkelvoud. De kantonrechter begrijpt dat hij daarmee doelt op [gedaagde A.].

Indien en voor zover de vordering gericht zou zijn tegen [gedaagde G.], dient deze te worden afgewezen.

De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt [gedaagde A.] om tegen kwijting aan [eiser] een schadevergoeding te betalen van € 2.420,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 24 juni 2008 tot de betaling;

veroordeelt [gedaagde A.] om tegen kwijting aan [eiser] ter zake van buitengerechtelijke kosten en proceskosten een bedrag te betalen van € 1.647,93; wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door Mr. J.P.M. van der Ham en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 2 oktober 2008 in aanwezigheid van de griffier.

Sector kanton rechtbank Haarlem 6 oktober 2008
Schuldeisersverzuim
LJN-nummer BG0902

E-commerce, schuldeisersverzuim

Gedaagde heeft via internet bij eiseres een apparaat gekocht. Levering door TNT Post lukte niet doordat gedaagde niet thuis was. De zending is vervolgens beschikbaar gesteld op het postkantoor, maar niet opgehaald door gedaagde. Schuldeisersverzuim. Gedaagde is gehouden de aankoop-prijs en de verzendkosten aan eiseres te voldoen.

UITSPRAAK

RECHTBANK ALKMAAR
Sector Kanton
Locatie Hoorn

Zaaknr/rolnr.: 268379 \ CV EXPL 08-1989
Uitspraakdatum: 6 oktober 2008

Vonnis in de zaak van:

[eiseres] gevestigd te De Lutte
eisende partij
verder ook te noemen: eiseres
gemachtigde: mr. R.A. Plug, werkzaam bij Webcasso B.V. te Barendrecht

tegen

[naam], wonende [adres] Zwaag
gedaagde partij
verder ook te noemen: gedaagde
verschenen in persoon

Het procesverloop

Eiseres heeft een vordering ingesteld, zoals omschreven in de dagvaarding d.d. 30 mei 2008.

Gedaagde heeft onder overlegging van producties bij mondeling antwoord verweer gevoerd.

Vervolgens is onder overlegging van producties gediend van repliek en dupliek.

De inhoud van de processtukken geldt als hier ingelast.

Ten slotte is heden uitspraak bepaald.

De vaststaande feiten

- Gedaagde heeft op 24 januari 2008 een apparaat besteld via de website van eiseres.
- Eiseres heeft dit apparaat onder rembours aan gedaagde toegezonden.
- Op 6 februari 2008 vond een eerste afleverpoging plaats aan het adres van gedaagde, gevolgd door een tweede poging op 7 februari 2008. Gedaagde was op beide tijdstippen niet aanwezig.
- De zending is vervolgens beschikbaar gesteld op een postkantoor, alwaar gedaagde dit niet heeft afgehaald. Op 29 februari 2008 is de zending door TNT Post aan eiseres geretourneerd.
- Bij factuur d.d. 1 maart 2008 (productie 1 bij repliek) heeft eiseres aan gedaagde in rekening gebracht € 105,75 (inclusief verzend- en administratiekosten).

Het geschil

Eiseres vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van gedaagde tot betaling van een hoofdsom ad € 122,90, de tot dagvaarding vervallen rente ad € 2,66 en € 37,- voor buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding en met de proceskosten.

Eiseres stelt hiertoe, zakelijk samengevat, het volgende.

Gedaagde heeft nagelaten het door haar bestelde apparaat in ontvangst te nemen. Het betreft bovendien een exclusief maatwerkartikel zodat conform artikel 11 van de toepasselijke algemene voorwaarden (productie 2 bij repliek) geen recht van retour bestaat. Ondanks herhaalde aanmaning en sommatie door (de incassogemachtigde van) eiseres heeft gedaagde de factuur onbetaald gelaten zodat zij tevens rente en buitengerechtelijke kosten verschuldigd is.

Gedaagde concludeert tot afwijzing van de vordering van eiseres en voert hiertoe, zakelijk samengevat, het volgende aan.

Gedaagde erkent het product op 24 januari 2008 besteld en gewild te hebben. Het heeft echter (te) lang geduurd voordat zij het apparaat op het postkantoor kon afhalen. Op dat moment kon zij het niet meer betalen zodat zij besloot het niet af te halen. Gedaagde meent niet tot betaling gehouden te zijn omdat zij het apparaat niet thuis heeft gehad. Bovendien had zij het kunnen retourneren wanneer zij er ontevreden over geweest zou zijn.

Daarbij komt dat volgens gedaagde in het geheel geen sprake is van een exclusief voor haar gemaakt artikel. Ter onderbouwing van dit standpunt legt gedaagde bij dupliek prints van internetpagina's over.

Verder voert gedaagde aan dat haar aanvankelijk € 87,90 in rekening werd gebracht en onverklaarbaar is waarom thans een hoofdsom van € 122,90 wordt gevorderd.

De beoordeling

Als door gedaagde erkend staat vast dat zij het onderhavige apparaat op 24 januari 2008 bij eiseres heeft besteld. Daarbij is onbetwist gebleven dat gedaagde de algemene voorwaarden van eiseres heeft geaccepteerd op de wijze als door eiseres in punt 7 bij repliek uiteengezet, zodat de toepasselijkheid daarvan wordt aangenomen.

Bij antwoord heeft gedaagde overgelegd een aan haar gerichte e-mail d.d. 6 februari 2008 waarin eiseres melding maakt van het feit dat TNT post in eerste instantie abusievelijk de postcode van eiseres als leveradres had gebruikt, hetgeen vertraging heeft opgeleverd. Eiseres spreekt daarbij de hoop uit dat gedaagde de zending inmiddels ontvangen heeft en zegt toe gedaagde ter compensatie nog een verrassing te zullen toesturen.

Gedaagde betwist niet dat de eerste afleverpoging op 6 februari 2008, zijnde 13 dagen na bestelling, heeft plaatsgevonden. Gelet op het vorenstaande en het bepaalde in artikel 7 van de algemene voorwaarden heeft eiseres naar het oordeel van de kantonrechter gedaan hetgeen redelijkerwijs van haar verwacht mocht worden om aan haar afleveringsverplichting te voldoen.

Het is gedaagde geweest die nakoming van deze afleveringsverplichting van eiseres heeft verhinderd doordat zij haar daartoe noodzakelijke medewerking niet heeft verleend. Gedaagde heeft welbewust besloten het door haar bestelde artikel om haar bij nader inzien moverende redenen niet af te halen. Er is op dit punt sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van gedaagde. Een en ander ligt binnen de risicosfeer van gedaagde.

Niet in geschil is dat het pakket uiteindelijk door TNT post retour afzender is gezonden zodat van een retourzending door gedaagde geen sprake is geweest. Het verweer van gedaagde dienaangaande is daarom niet ter zake doende en ook de vraag of het apparaat een maatwerkartikel betrof kan buiten bespreking blijven. Gelet op het vorenstaande is de kantonrechter van oordeel dat gedaagde gehouden is de aankoopprijs van het door haar bestelde apparaat aan eiseres te voldoen, evenals de door eiseres gemaakte verzendkosten. Gedaagde stelt zich op het standpunt dat haar aanvankelijk € 87,90 inclusief verzendkosten in rekening is gebracht. Dit correspondeert met het betoog van eiseres in de conclusie van repliek onder 2 en bijbehorende productie 1. Eiseres heeft in het deugdelijk gemotiveerde verweer van gedaagde geen aanleiding gezien toe te lichten waarom thans een hoofdsom van € 122,90 wordt gevorderd. Het verweer van gedaagde op dit punt slaagt derhalve, zodat van de gevorderde hoofdsom slechts een gedeelte van € 87,90 zal worden toegewezen.

Daarbij overweegt de kantonrechter dat indien gedaagde alsnog aanspraak wenst te maken op haar recht op aflevering van het apparaat de daartoe te maken extra verzendkosten voor haar eigen rekening komen.

Gedaagde heeft geen verweer gevoerd tegen de medegevorderde rente en buitengerechterlijke kosten zodat deze zullen worden toegewezen zoals hierna vermeld. Gedaagde dient als de merendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten te worden veroordeeld.

De beslissing

De kantonrechter:

Veroordeelt gedaagde om aan eiseres tegen kwijting te betalen een bedrag van € 127,56, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 87,90 vanaf 30 mei 2008 tot de dag van betaling.

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten, die tot heden voor eiseres worden vastgesteld op een bedrag van € 228,80, waaronder begrepen een bedrag van € 60,- voor salaris van de gemachtigde van eiseres [waarover gedaagde geen BTW verschuldigd is].

Verklaart deze veroordeling(en) uitvoerbaar bij voorraad.

Wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. drs. J.H.A.C. Everaerts, kantonrechter, bijgestaan door de griffier en op 6 oktober 2008 in het openbaar uitgesproken.

Voorzieningenrechter Amsterdam 9 oktober 2008

Gmail

LJN-nummer BF7448

Doorgeven identificerende gegevens, privacy, e-mail

Voormalig systeembeheerder van eiseres BV zou mail gericht aan eiseres geforward hebben naar Gmail-adres. Eiseres vordert van Google de gegevens betreffende dit email-account.

Een aanbieder van webdiensten kan onder omstandigheden gehouden zijn om de gevraagde gegevens van een gebruiker van die webdiensten te verstrekken aan rechthebbenden. Ten eerste moet daarvoor voldoende aanneemelijk zijn dat sprake is van onrechtmatig handelen van de desbetreffende gebruiker en ten tweede dient buiten redelijke twijfel te zijn dat degene van wie de gevraagde persoonlijke gegevens ter beschikking dienen te worden gesteld ook daadwerkelijk degene is die zich aan dit handelen schuldig zou hebben gemaakt. In dat geval kan het zo zijn dat de privacybelangen van de betrokkenen bij het geheim houden van hun gegevens moeten wijken voor het belang van de rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.

Het feit dat iemand zich zonder toestemming klaarblijkelijk toegang heeft verschaft tot de aan bestuurder op zijn zakelijk e-mailadres gerichte e-mails levert op zich al een afdoend en voldoende vermoeden op dat onrechtmatig jegens eiseres c.s. is gehandeld.

UITSPRAAK

VONNIS RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 407872 / KG ZA 08-1772 MH/RV

Vonnis in kort geding van 9 oktober 2008
in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[EISERES BV],
gevestigd te Utrecht,
2. [BESTUURDER],
wonende te [woonplaats],
eisers bij dagvaarding van 24 september 2008,
advocaat mr. M. Meijjer te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht
GOOGLE INC.,
kantoorhoudend te Mountain View, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
gedaagde,
advocaat mr. M. de Cock Buning te Amsterdam.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 30 september 2008 hebben eisers, verder gezamenlijk [eiseres c.s.] genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat de vordering is verminderd als na te melden. Gedaagde, verder Google, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Ter zitting waren aanwezig aan de zijde van eisers eiser sub 2, verder [bestuurder] en voornoemde mr. M. Meijjer, en aan de zijde van gedaagde mr. J. Schouten, Legal Counsel van Google, en voornoemde mr. M. de Cock Buning. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

2.1. Google biedt diverse online webdiensten aan, waaronder de web-based e-mail dienst bekend als Gmail. Om gebruik te kunnen maken van die dienst van

Google dient eerst een account te worden aangemaakt. Daarvoor wordt gevraagd een aantal gegevens in te voeren. Voor zover van belang zijn dit de volgende gegevens:

- de voor- en achternaam,
- de gewenste gebruikersnaam (die ook de contactgegevens van de e-mail dienst vormt, zodat het volledige e-mailadres bij Google is: gebruikersnaam@gmail.com) en
- een secundair e-mailadres.

Het secundaire e-mailadres kan worden gebruikt om het aangemaakte Google-account te verifiëren indien de gebruiker problemen ondervindt bij het gebruik van het Google-account en daaraan gerelateerde online webdiensten, bijvoorbeeld indien de gebruiker zijn opgegeven wachtwoord is vergeten. Google controleert de opgegeven informatie bij het creëren van het account niet op waarheid. Het is dus niet noodzakelijk dat Internetgebruikers hun werkelijke voor- en achternaam opgeven. De door de gebruiker opgegeven informatie bij het aanmaken van een Google-account wordt door Google opgeslagen en bewaard, maar is ook continu te wijzigen door de gebruiker.

2.2. [Bestuurder] is bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [vennootschap_1], gevestigd te Stampersgat. [Vennootschap_1] is bestuurder van andere besloten vennootschappen, te weten [iM. BV], gevestigd te De Meern, gemeente Utrecht en eiseres sub 1, verder [eiseres BV].

2.3. De aandelen in [eiseres BV] zijn voor 90% eigendom van [iM. BV]. De tweede bestuurder van [iM. BV] is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [vennootschap_2], gevestigd te Amsterdam. De aandelen in [iM. BV] zijn verdeeld over [vennootschap_2], [vennootschap_1] en een derde aandeelhouder.

2.4. [Vennootschap_1] en [vennootschap_2] zijn in een gerechtelijke procedure verwickeld met de derde (middellijke) aandeelhouder van [iM. BV], waarbij ook de afkoop van zijn aandelen in [iM. BV] in het geding is. Deze derde aandeelhouder heeft in het verleden bij zowel [iM. BV] als [eiseres BV], onder andere, het (netwerk)systeembeheer uitgevoerd.

2.5. [Bestuurder] en zijn vrouw zijn verwickeld in een echtscheidingsprocedure.

2.6. [Eiseres BV] heeft in april 2008 een externe systeembeheerder, [RtH], ingehuurd om een overzicht te verkrijgen van alle bij haar (en [iM. BV]) aanwezige servers en software. [RtH] heeft vijftien zogenaamde ‘forward’-regels op de e-mail server aangetroffen. Een ‘forward’-regel stuurt automatisch een aan een bepaald e-mailadres gestuurde e-mail door aan het in die ‘forward’-regel opgegeven e-mailadres. Bij brief van 29 september 2008 van een andere systeembeheerder, die op verzoek van [RtH] diens uitgevoerde werkzaamheden heeft gecontroleerd, is een

overzicht gegeven van de 'forward'-regels die actief waren op de e-mail server. Veertien van deze 'forward'-regels hebben e-mails gericht aan verschillende e-mailadressen in gebruik bij [eiseres BV] doorgestuurd naar bekende e-mailadressen van de derde aandeelhouder van [iM. BV]. De vijftiende 'forward'-regel heeft als eigenschappen dat alle e-mails gericht aan de bij [eiseres BV] in gebruik zijnde e-mailadressen van [bestuurder], te weten [e-mailadres_1] en [e-mailadres_2], worden doorgestuurd naar het Google e-mailadres 'alfaiscool2002@gmail.com' (verder: het Gmail-adres).

2.7. Op 26 september 2008 heeft [bestuurder] mede namens [eiseres BV] aangifte gedaan van computercriminaliteit vanwege de onder 2.6 omschreven 'forward'-regel. [Eiseres c.s.] heeft bij de aangifte haar verdenkingen geuit tegen de derde aandeelhouder bij de computercriminaliteit.

3. Het geschil

3.1. [Eiseres c.s.] vordert – samengevat – Google te veroordelen om, op straffe van een dwangsom, alle gegevens, zoals opgenomen onder 9 i tot en met vii van het lichaam van de dagvaarding, betreffende het Google-account met gebruikersnaam alfaiscool2002 te verstrekken aan [eiseres c.s.], met veroordeling van Google in de proceskosten. Het in het lichaam van de dagvaarding opgenomen punt 9 viii, betreffende de bij Google aanwezige e-mails in de postbus van het Gmail-adres, is ter zitting ingetrokken.

3.2. [Eiseres c.s.] stelt – kort gezegd – dat het automatisch doorsturen van aan [bestuurder], (indirect) bestuurder en aandeelhouder van [eiseres BV], gerichte e-mails onrechtmatig is jegens [eiseres c.s.] Er is maar één 'forward'-regel op de e-mail server aangetroffen die automatisch de aan [bestuurder] gerichte e-mails doorstuurt naar het Gmail-adres. Het is dus zeer waarschijnlijk dat de houder van het Google-account ook degene is die de 'forward'-regel heeft aangemaakt, of dat hij de identiteit van de maker kent. [Eiseres c.s.] heeft van de vrouw van [bestuurder] en enkele zakelijke contacten vernomen dat zij bekend zijn geworden met de inhoud van vertrouwelijke aan [bestuurder] verstuurd e-mails. Dit is schadelijk voor [eiseres c.s.], met name omdat zij met de derde aandeelhouder van [iM. BV] in een gerechtelijke procedure is verwikkeld en de raadsman van [eiseres c.s.] en [bestuurder] e-mails hebben uitgewisseld met vertrouwelijke gegevens via het zakelijk e-mailadres van [bestuurder]. Daarnaast heeft de vrouw van [bestuurder] e-mails van de vriendin van [bestuurder] die aan hem zijn verstuurd gelezen. Dit is kwalijk voor zijn positie in de echtscheidingsprocedure. De houder van het Google-account moet verantwoordelijk worden geacht voor de verdere verspreiding van de inhoud van e-mails. Google dient de gegevens van de gebruiker van dit Google-account dan ook te overhandigen aan [eiseres c.s.]

3.3. Google voert aan dat [eiseres c.s.] geen spoedeisend belang bij haar vordering heeft. De 'forward'-regel is twee jaar actief geweest op de e-mail server van

[eiseres BV] en is inmiddels verwijderd. Sindsdien is geen e-mail van [bestuurder] doorgestuurd naar het Google e-mailadres zodat de vermeende onrechtmatigheid jegens [eiseres c.s.] is geëindigd.

Google voert – kort gezegd – voorts aan dat [eiseres c.s.] niet aannemelijk heeft gemaakt dat de houder onrechtmatig jegens [eiseres c.s.] heeft gehandeld, bijvoorbeeld door de e-mails die door derden zijn ingezien over te leggen. Evenmin heeft [eiseres c.s.] aannemelijk gemaakt dat naast de ‘forward’-regel op de e-mail server niet nog andere ‘forward’-regels zijn toegepast op de postbus van [bestuurder]. Daarnaast heeft [eiseres c.s.] bovendien geen reëel belang bij de afgifte van de gegevens van de houder van het Google-account. Met de beperkte gegevens die Google opslaat is niet zondermeer aannemelijk dat [eiseres c.s.] de identiteit van de houder kan achterhalen. Bovendien heeft [eiseres c.s.] niet kenbaar gemaakt welke civielrechtelijke acties zij wil instellen en heeft zij aangifte gedaan tegen de derde aandeelhouder van [iM. BV], die voorheen de systeembeheerder is geweest en dus de mogelijkheid heeft gehad om de ‘forward’-regel aan te maken. [Eiseres c.s.] heeft dus al een ernstig vermoeden over de identiteit van de jegens haar onrechtmatig handelende persoon.

Verder is onduidelijk of [eiseres c.s.] andere, minder ingrijpende, middelen heeft ingezet om achter de identiteit te komen van de houder van het Google-account. Bovendien dient het belang dat Google heeft bij het beschermen van de privacy-gevoelige informatie zwaarder te wegen dan het belang dat [eiseres c.s.] heeft bij het bekend worden met de gevraagde gegevens.

Tot slot voert Google aan dat zij de gevorderde gegevens niet kan en ook niet hoeft te overhandigen. Zo bewaart Google slechts het opgegeven secundaire e-mailadres, de voor- en achternaam, het gekozen wachtwoord en het IP-adres van de computer waarmee het Google-account is aangemaakt. Verder bewaart Google de IP-adressen van de computers waarmee de gebruiker van het Google-account de laatste dertig dagen heeft ingelogd. De overige gegevens kan Google hoe dan ook niet verstrekken, omdat zij deze niet heeft. Volgens Google is afgifte van de gevraagde gegevens disproportioneel en in strijd met de bescherming van de privacy van derden. Google meent dat de vordering op onderdelen een ‘fishing expedition’ is.

4. De beoordeling

4.1. Google heeft ter zitting de bevoegdheid van voorzieningenrechter van deze rechtbank om van deze zaak kennis te nemen niet aangevochten. Voorts leidt de voorzieningenrechter uit de stellingen van partijen af dat zij een (impliciete) rechtskeuze hebben gemaakt voor Nederlands recht.

4.2. Anders dan Google heeft betoogd, heeft [eiseres c.s.] een voldoende – spoedeisend – belang bij de gevraagde voorziening. Dat de vermeende onrechtmatigheid mogelijk al is geëindigd neemt niet weg dat [eiseres c.s.], gelet op de gerechtelijke procedures waarin zij is verwikkeld, belang heeft bij het vaststellen van de identiteit van de persoon die de aan [bestuurder] gestuurde vertrouwelijke infor-

matie heeft overhandigd aan derden. Van [eiseres c.s.] kan niet worden gevergd daartoe de uitkomst van een bodemprocedure af te wachten.

4.3. Een aanbieder van webdiensten kan onder omstandigheden gehouden zijn om de gevraagde gegevens van een gebruiker van die webdiensten te verstrekken aan rechthebbenden. Ten eerste moet daarvoor voldoende aannemelijk zijn dat sprake is van onrechtmatig handelen van de desbetreffende gebruiker en ten tweede dient buiten redelijke twijfel te zijn dat degene van wie de gevraagde persoonlijke gegevens ter beschikking dienen te worden gesteld ook daadwerkelijk degene is die zich aan dit handelen schuldig zou hebben gemaakt. In dat geval kan het zo zijn dat de privacybelangen van de betrokkenen bij het geheim houden van hun gegevens moeten wijken voor het belang van de rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.

4.4. Het feit dat iemand zich zonder toestemming klaarblijkelijk toegang heeft verschaft tot de aan [bestuurder] op zijn zakelijk e-mailadres gerichte e-mails levert op zich al een afdoend en voldoende vermoeden op dat onrechtmatig jegens [eiseres c.s.] is gehandeld. De uitzonderingen op het algemeen verbod om toegang te nemen tot een e-mail postbus van een ander of tot de inhoud van de daaraan gestuurde

e-mails, bijvoorbeeld een werkgever die controle houdt op het e-mail gebruik van zijn werknemers, zijn hier immers niet aan de orde.

4.5. Niet in geding is dat op de e-mail server van [eiseres BV] de bedoelde 'forward'-regel is aangetroffen. Van alle op de e-mail server aangetroffen 'forward'-regels is er slechts één die de e-mails gestuurd aan het zakelijk e-mailadres van [bestuurder] heeft doorgestuurd naar het Gmail-adres. Het verweer van Google dat wellicht andere 'forward'-regels op de e-mail server van [eiseres BV], of in de e-mail cliënt software van [bestuurder], actief zijn of zijn geweest, wordt niet gevolgd, ook al omdat Google ook heeft gesteld dat na het verwijderen van de bedoelde 'forward'-regel geen e-mails meer zijn doorgestuurd naar het Gmail-adres. Aannemelijk is dus dat de aan [bestuurder] gerichte e-mails alleen zijn doorgestuurd naar het Gmail-adres. Verder is voldoende aannemelijk dat derden kennis hebben genomen van de inhoud van e-mails die aan [bestuurder] op zijn zakelijk e-mailadres zijn verstuurd. Dat levert het ernstige vermoeden op dat de houder van het Google-account de inhoud van de aan [bestuurder] gerichte e-mails bekend heeft gemaakt aan derden. Daarnaast is het waarschijnlijk dat die houder de bedoelde 'forward'-regel heeft aangemaakt, dan wel kennis heeft over de identiteit van degene die de 'forward'-regel heeft aangemaakt. Het verweer van Google dat [eiseres c.s.] dit niet of onvoldoende heeft onderbouwd houdt dus geen stand.

4.6. Google heeft verder aangevoerd dat [eiseres c.s.] geen duidelijk, reëel, belang heeft bij de verstrekking van de door haar gewenste gegevens. Dit verweer wordt verworpen.

Allereerst heeft te gelden dat het vermoedelijke onrechtmatig handelen van de houder van het Google-account verstrekking negatieve gevolgen heeft, althans kan hebben, voor [eiseres c.s.] in de aanhangige procedures. Ter zitting heeft [eiseres c.s.] voorts verklaard dat het Gmail-adres is aangeschreven met het verzoek om de identiteit van de gebruiker bekend te maken maar dat dit niets heeft opgeleverd. Verder is op 26 september 2008 aangifte gedaan jegens de derde aandeelhouder van [iM. BV] ter zake van computercriminaliteit. Uit dit alles vloeit het reële belang van [eiseres c.s.] bij haar vordering voort. Dat niet 100% zeker is dat met de gevraagde gegevens van de houder van het Google-account de identiteit van die gebruiker is te achterhalen doet daar niet aan af omdat de kans daarop wel aanwezig is.

4.7. Verder heeft [bestuurder] ter zitting meegedeeld dat hij aan zijn vrouw en anderen die aan hem gestuurde vertrouwelijke e-mails hebben gelezen heeft gevraagd om een kopie van die e-mails. Dit hebben zijn vrouw en de zakelijke contacten geweigerd en bovendien is, aldus [bestuurder], de afzender uit de e-mails verwijderd. Het verweer van Google dat [eiseres c.s.] andere, minder ingrijpende, maatregelen had moeten betrachten om achter de identiteit van de houder van het Gmail-adres te komen faalt dan ook. Dat [eiseres c.s.] aangifte heeft gedaan tegen de derde aandeelhouder van [iM. BV] ter zake van computercriminaliteit, en dus blijkbaar al een vermoeden heeft van de identiteit van de houder van het Google-account, neemt niet weg dat zij van Google kan vorderen de gevraagde gegevens te verstrekken. Het verweer van Google dat [eiseres c.s.] eigenlijk de derde aandeelhouder dient te dagvaarden wordt verworpen. [Eiseres c.s.] heeft terecht opgeworpen dat niet te verwachten valt dat de derde aandeelhouder bereid is de gebruiker van het Gmail-adres aan haar bekend te maken, of dat de derde aandeelhouder op grond van de huidige bekende gegevens daartoe zou kunnen worden veroordeeld.

4.8. Zoals onder 4.5 overwogen is aannemelijk dat het Gmail-adres ook is gebruikt om de inhoud van aan [bestuurder] gerichte e-mails aan derden te overhandigen. Dit levert misbruik jegens [eiseres c.s.] op. De ernst van dit misbruik van het Gmail-adres en de gevolgen daarvan voor [eiseres c.s.] leveren een zo zwaarwegend belang van [eiseres c.s.] op dat het belang van Google bij de bescherming van de privacygevoelige informatie van haar gebruikers in dit geval dient te wijken.

4.9. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat, nu aan de onder 4.3 genoemde criteria is voldaan, de vordering van [eiseres c.s.] zal worden toegewezen. Google heeft echter aangevoerd dat zij niet alle gevraagde gegevens kan verstrekken omdat zij deze niet alle heeft. Nu [eiseres c.s.] niet gemotiveerd heeft gesteld dat Google meer en andere gegevens bewaart dan Google beweert, zal Google worden veroordeeld tot het aan [eiseres c.s.] verstrekken van die gegevens die zij naar eigen zeggen bewaart, waarbij de na te melden termijn redelijk wordt geacht. De onder punt 9 vi van het lichaam van de dagvaarding gevraagde gegevens, de

e-mailadressen waarnaar vanaf het Gmail-adres is ge-e-maïld, hoeft Google thans niet te verstrekken, omdat de bescherming van het privacybelang van derden die mogelijk niet bij het misbruik zijn betrokken vooralsnog zwaarder weegt dan het belang van [eiseres c.s.]

4.10. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als volgt.

4.11. Google zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiseres c.s.] worden begroot op:

– dagvaarding	€ 71,80
– vast recht	€ 254,-
– salaris advocaat	€ 816,-
Totaal	€ 1.141,80

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt Google om binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis de volgende gegevens aan [eiseres c.s.] te verstrekken:

- de bij Google geregistreerde voor- en achternaam van de houder van het Google-account met gebruikersnaam alfaiscool2002;
- het bij Google opgegeven secundaire e-mailadres van die gebruiker;
- de datum waarop het Google-account is aangemaakt;
- het IP-adres van de computer die is gebruikt door de gebruiker om het Google-account aan te maken; en
- het IP-adres van de computer(s) waarmee de laatste dertig dagen is ingelogd op het Google-account,

5.2. bepaalt dat Google voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan [eiseres c.s.] een dwangsom verbeurt van € 1.000,-, tot een maximum van € 100.000,-,

5.3. veroordeelt Google in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres c.s.] tot op heden begroot op € 1.141,80,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. van Hees, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 oktober 2008.

Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008 C-298/07
Bundesverband der Verbraucherzentralen
van curia.eu.int.

E-commerce, Article 5(1)(c) Directive 2000/31/EC, Electronic mail, effectieve communicatie

DIV is een autoverzekeringsmaatschappij die haar diensten uitsluitend via internet aanbiedt. Op de website vermelden ze hun fysieke adres en e-mail, maar geen telefoonnummer. Wel hebben ze een webformulier. Telefoonnummer verstrekken ze na het contracteren. De Duitse consumentenorganisatie vindt dat een telefoonnummer vermeld moet worden, omdat alleen dan effectieve communicatie mogelijk is. In eerste aanleg ging de rechter mee, in hoger beroep werd echter geoordeeld dat een telefoonnummer verstrekken niet nodig is. Daarnaast werd aan het Hof van de EG de vraag voorgelegd hoe de bepaling van art. 5(1)(c) Richtlijn 2000/31/EG elektronische handel (art. 3:15d sub b BW) moet worden uitgelegd. In deze bepaling wordt aangegeven dat de dienstverlener verplicht is effectieve communicatiemiddelen ter beschikking te stellen, met in begrip van e-mail. Gegeven dat het inderdaad nodig is, was de vervolgvraag of een telefoonnummer moet worden verstrekt of dat met een webformulier kan volstaan. Het hof oordeelde dat een telefoonnummer niet noodzakelijk is en dat een webformulier als aanvullend middel kan voldoen.

IMPORTANT LEGAL NOTICE - The information on this site is subject to a disclaimer and a copyright notice.

JUDGMENT OF THE COURT (Fourth Chamber)

16 October 2008 (*)

(Directive 2000/31/EC – Article 5(1)(c) – Electronic commerce – Internet service provider – Electronic mail)

In Case C298/07,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC from the Bundesgerichtshof (Germany), made by decision of 26 April 2007, received at the Court on 22 June 2007, in the proceedings

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
 Verbraucherzentrale Bundesverband eV

v

deutsche internet versicherung AG,

THE COURT (Fourth Chamber),

composed of K. Lenaerts, President of the of Chamber, G. Arestis, R. Silva de

Lapuerta, E. Juhász and J. Malenovský (Rapporteur), Judges,
Advocate General: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Registrar: R. Grass,

having regard to the written procedure,

after considering the observations submitted on behalf of:

- the Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV, by H. Büttner, Rechtsanwalt,
- deutsche internet versicherung AG, by J. Kummer, Rechtsanwalt,
- the Italian Government, by I.M. Braguglia, acting as Agent, and F. Arena, avvocato dello Stato,
- the Polish Government, by T. Nowakowski, acting as Agent,
- the Swedish Government, by S. Johannesson, acting as Agent,
- the Commission of the European Communities, by E. Montaguti and G. Braun, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 15 May 2008,
gives the following

Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 5(1)(c) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1) ('the Directive').

2. The reference was made in the course of proceedings between the Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV ('the Bundesverband') and deutsche internet versicherung AG ('DIV') concerning whether a service provider operating exclusively on the internet is under an obligation to communicate its telephone number to clients prior to the conclusion of a contract.

Legal background

Community law

3. Article 2 of the Directive provides:

'For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) "information society services": services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC [of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37)] as amen-

ded by Directive 98/48/EC [of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998];

(b) “service provider”: any natural or legal person providing an information society service;

...

(d) “recipient of the service”: any natural or legal person who, for professional ends or otherwise, uses an information society service, in particular for the purposes of seeking information or making it accessible;

...

4. Article 5(1) of the Directive provides:

‘1. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that the service provider shall render easily, directly and permanently accessible to the recipients of the service and competent authorities, at least the following information:

(a) the name of the service provider;

(b) the geographic address at which the service provider is established;

(c) the details of the service provider, including his electronic mail address, which allow him to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner;

...

National legislation

5. Points 1 and 2 of Paragraph 5(1) of the Law on electronic media (Telemediengesetz), of 26 February 2007 (BGBl. 2007 I, p. 179), provides:

‘1. With respect to electronic media provided for commercial purposes, as a general rule, for consideration, service providers are to render easy, direct and permanent access to the following information:

(1) the name and address at which they are established and, with respect to legal persons, their legal form, their authorised representatives and, in so far as information on the company capital exists, the share capital and, if the cash contributions have not been paid up, the total amount of the share capital outstanding;

(2) their details, including their electronic mail address, which allow them to be contacted rapidly and communicated with in a direct manner electronically ...’

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

6. DIV is an automobile insurance company which offers its services exclusively on the internet. On its web pages DIV mentions its postal and electronic mail

addresses but not its telephone number. Its telephone number is communicated only after the conclusion of an insurance contract. However, persons interested in DIV's services are able to ask questions via an on-line enquiry template, the answers to which are sent by electronic mail.

7. The Bundesverband, the German Federation of Consumers' Associations, takes the view that DIV has an obligation to mention its telephone number on its internet site. That is the only means of guaranteeing direct communication between a potential client and the insurance company. Therefore, the Bundesverband brought an action before the Landgericht Dortmund (Regional Court, Dortmund) against DIV seeking an order that it cease advertising its insurance services to consumers on the internet without allowing them to communicate with it directly by telephone.

8. The Landgericht Dortmund upheld the Bundesverband's application. The court of appeal, however, rejected it. The court of appeal took the view that it was unnecessary to mention a telephone number in order to allow direct communication between the client and the service provider. Such communication could in fact be guaranteed by means of the enquiry mask, since no independent third party was an intermediary in the communication between the potential client and DIV. Furthermore, in so far as DIV replies to the questions sent by consumers within a period of 30 to 60 minutes the requirement of rapid communication was also satisfied.

9. The Bundesverband brought an appeal on a point of law before the Bundesgerichtshof in which it sought a ruling against DIV.

10. According to the Bundesgerichtshof, although the text of Article 5(1)(c) of the Directive does not require a telephone number to be supplied, the purpose of that provision may however require it. That issue is also a matter of dispute in German case-law and legal writing. In the same way, the explanatory memorandum for the governmental bill on electronic commerce (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz) declared it necessary to mention a telephone number. The Bundesgerichtshof also submits that it is only by telephone that a communication in the form of an exchange of words, in the sense of an actual dialogue, is possible.

11. On the other hand, the constraint resulting from the obligation to answer telephone enquiries from potential clients would require DIV to change its business model which consists in acquiring clients exclusively via the internet which might hinder the promotion of electronic commerce. Furthermore, an overburdened telephone number discourages consumers from contacting the service provider, the consequence of which is to render that means of communication ineffective.

12. In those circumstances, the Bundesgerichtshof decided to stay the proceedings and refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

‘1. Is a service provider required under Article 5(1)(c) of Directive 2000/31/EC to provide a telephone number before entering into a contract with a recipient of the service, so that he can be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner?

2. If the answer to Question 1 is in the negative:

(a) Is a service provider required under Article 5(1)(c) of Directive 2003/31/EC to offer a second means of communication, in addition to indicating his electronic mail address, prior to entering into a contract with a user of the service?

(b) If so, does it suffice, for purposes of a second means of communication, that the service provider installs an enquiry template enabling the user to consult the service provider via the internet, the user’s enquiry then being answered by the service provider by means of electronic mail?’

The questions referred for a preliminary ruling

13. By its questions, which it is appropriate to examine together, the referring court asks essentially whether Article 5(1)(c) of the Directive must be interpreted as meaning that the service provider must provide recipients of the service, before conclusion of a contract with them, in addition to its electronic mail address, other information giving access to an additional means of communication and, if such an obligation exists, whether that information must necessarily include a telephone number or whether an on-line enquiry template is sufficient.

14. The Bundesverband and the Italian Government take the view that in addition to the electronic mail address other information giving access to an additional means of communication must be supplied by the service provider to recipients of the service. DIV, the Polish and Swedish Governments and the Commission of the European Communities take the opposite view.

15. First of all, it should be recalled that according to settled case-law, in interpreting a provision of Community law it is necessary to consider not only its wording but also the context in which it occurs and the objectives pursued by the rules of which it is part (see, in particular, Case C-301/98 *KVS International* [2000] ECR I-3583, paragraph 21; Case C-156/98 *Germany v Commission* [2000] ECR I-6857, paragraph 50; Case C-53/05 *Commission v Portugal* [2006] ECR I-6215, paragraph 20; and Case C-300/05 *ZVK* [2006] ECR I-11169, paragraph 15).

16. Pursuant to Article 5(1)(c) of the Directive, the service provider must enable users to access certain basic information, among which are its details, including its electronic mail address, which allow recipients of the service to contact it rapidly and to communicate with it in a direct and effective manner.

17. Thus, it is clear from the wording of Article 5(1)(c), and in particular the word ‘including’, that the Community legislature intended to require the service provi-

der to supply recipients of the service, in addition to its electronic mail address, with other information in order to achieve the result intended by that provision.

18. Such a literal interpretation is confirmed by the background to Article 5(1)(c) of the Directive. According to Article 5(1)(b) of the Directive, the information that the service provider must render accessible to recipients of the service includes its geographic address. It is therefore clear from the wording of that provision that the Community legislature did not intend to limit the possibility of entering in contact and communicating with the service provider solely to electronic mail, but that it sought to offer recipients of the service access to a postal address.

19. As regards the objectives pursued by the Directive, it is appropriate to note from the outset that, according to Article 1(1) and recitals 3 to 6 and 8 in the preamble thereto, it aims to contribute to the development of information society services and to maximise the opportunities afforded to electronic commerce by the internal market.

20. Although the Community legislature thereby intended to encourage the development of electronic commerce it does not follow, however, from any of the recitals in the preamble to the Directive that it sought to isolate electronic commerce from the rest of the internal market. Accordingly, the mention of the 'electronic mail address' in Article 5 (1)(c) of the Directive reflects the Community legislature's wish to ensure that information giving access to an electronic communication is to be supplied by the service provider to the recipients of the service, but does not mean that it intended to dispense with other types of non-electronic communication which may be used in addition to it.

21. In the event that they were unable to make use of another type of communication if necessary, in a situation where after making contact electronically with the service provider they were temporarily deprived of access to the electronic network, the recipients of the service might find themselves unable to conclude a contract and, thereby excluded from the market. Such exclusion is likely to undermine and cut off the sector concerned from the rest of the market and, therefore, is liable to constitute an obstacle to the functioning of the internal market, depriving the Directive of part of its effectiveness.

22. Second, the Directive, as is clear in particular from Article 1(3) and the 7th, 10th and 11th recitals in the preamble, also intends to guarantee the protection of consumer interests. Such protection must be ensured at all stages of contact between the service provider and recipients of the service.

23. It follows that, in so far as the information communicated by the service provider enables recipients of the service to evaluate the extent of their future commitments, protecting them in particular against the risk of errors which might lead

to the conclusion of an unfavourable contract, an additional means of communication may also be necessary prior to the conclusion of a contract.

24. Offering the recipients of the service an additional non-electronic means of communication where necessary cannot be regarded as a heavy financial burden for service providers which offer their services on the internet. Such service providers usually offer their services to consumers who have easy access to the electronic network and are familiar with that type of communication. Therefore, it is only in exceptional circumstances that electronic communication will have to be supplemented by non-electronic means.

25. It is clear from all those considerations that under Article 5(1)(c) of the Directive the service provider is required to offer recipients of the service a rapid, direct and effective means of communication in addition to his electronic mail address.

26. Therefore, the question arises as to whether information giving the recipients of the service access to another means of communication must necessarily include a telephone number.

27. Contrary to the arguments of DIV, the Polish and Swedish Governments and the Commission, the Bundesverband and the Italian Government submit that a service provider must indicate to the recipients of the service his telephone number, because only the telephone is capable of satisfying the requirements of direct and effective communication within the meaning of the Directive. Direct communication, they argue, necessarily involves person-to-person communication, and effective communication requires not postponed handling of the information transmitted, but handling which is virtually instantaneous.

28. It is common ground that communication by telephone may be regarded as direct and effective communication, even if it does not leave any tangible record and does not as a rule provide any evidence of its content once it is terminated.

29. In that connection, it should be noted from the outset that the adverb 'directly' within the meaning of Article 5(1)(c) of the Directive, does not necessarily require communication in the form of an exchange of words, that is an actual dialogue, but only the absence of an intermediary.

30. Furthermore, effective communication does not mean that the response given to a question posed must be instantaneous. On the contrary, a communication is to be regarded as effective if it permits adequate information to be obtained within a period compatible with the needs or legitimate expectations of the recipient.

31. It is clear that there are forms of communication other than by telephone able to satisfy the criteria of direct and effective communication referred to in Article

5(1)(c) of the Directive, that is communication without an intermediary which would be sufficiently fluid, such as those established by personal contact at the premises of the service provider with a person in charge or by fax.

32. In light of all those factors, information giving access to that other means of communication that the service provider is required to supply to recipients of the service before the conclusion of a contract with the latter does not necessarily include a telephone number.

33. The answers arising from the foregoing analysis also provide an answer to the question whether an on-line enquiry template, through which recipients of the service, are able contact the service provider via the internet, which replies by electronic mail, satisfies the requirements of the Directive.

34. The Bundesverband, supported in substance by the Italian Government, takes the view that the enquiry template is not relevant, in so far as it does not allow rapid direct and effective content. By contrast, DIV and the Commission take the view that an enquiry template is sufficient, in particular because the Directive does not require, 'parallel-simultaneous' communication.

35. It is true that an electronic enquiry template may be regarded as offering a direct and effective means of communication within the meaning of Article 5(1)(c) of the Directive, where, as is clear in the case in the main proceedings from evidence in the file, the service provider answers questions sent by consumers within a period of 30 to 60 minutes.

36. However, in exceptional circumstances where a recipient of the service, after making contact by electronic means with the service provider, is, for various reasons, such as a journey, holiday or a business trip, deprived of access to the electronic network, communication by an enquiry template can no longer be regarded as effective within the meaning of Article 5(1)(c) of the Directive.

37. Since that template is also a means of electronic communication, the need to use a form on the internet would not, in such situations, enable fluid and therefore effective communication to be maintained between the service provider and the recipient of the service, contrary to Article 5(1)(c) of the Directive.

38. In the circumstances described in paragraph 36 of this judgment, offering only an electronic enquiry template is also incompatible with the intention of the Community legislature, which, as stated in paragraph 20 of this judgment, was to encourage the development of electronic commerce without, however, wishing to isolate it from the rest of the internal market.

39. Therefore, in those circumstances, on request by the recipient of the services, the service provider must provide the latter with access to a non-electronic means of communication, enabling him to maintain effective communication.

40. Taking account of all of the foregoing considerations, the answers to the questions referred must be that Article 5(1)(c) of the Directive must be interpreted as meaning that a service provider is required to supply to recipients of the service, before the conclusion of a contract with them, in addition to its electronic mail address, other information which allows the service provider to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner. That information does not necessarily have to be a telephone number. That information may be in the form of an electronic enquiry template through which the recipients of the service can contact the service provider via the internet, to whom the service provider replies by electronic mail except in situations where a recipient of the service, who, after contacting the service provider electronically, finds himself without access to the electronic network, requests the latter to provide access to another, nonelectronic means of communication.

Costs

41. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

1. Article 5(1)(c) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce') must be interpreted as meaning that a service provider is required to supply to recipients of the service, before the conclusion of a contract with them, in addition to its electronic mail address, other information which allows the service provider to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner. That information does not necessarily have to be a telephone number. That information may be in the form of an electronic enquiry template through which the recipients of the service can contact the service provider via the internet, to whom the service provider replies by electronic mail except in situations where a recipient of the service, who, after contacting the service provider electronically, finds himself without access to the electronic network, requests the latter to provide access to another, non-electronic, means of communication.

[Signatures]

Rb. Leeuwarden 21 oktober 2008
RuneScape
LJN-nummer BG0939

**Strafrecht, diefstal virtuele goederen, online computerspel,
diefstal met geweld, art. 310 Sr, art. 312 Sr.**

Verdachte wordt verweten dat hij, samen met een medeverdachte, een masker en een amulet uit het online spel RuneScape gestolen heeft, door het slachtoffer met fysiek geweld te dwingen in te loggen in het spel.

Voor de beantwoording van de vraag of virtuele goederen goederen zijn in de zin van art. 310 Sr. geldt een aantal criteria, waar i.c. aan voldaan is: een goed moet voor de bezitter ervan waarde hebben, een goed hoeft niet stoffelijk te zijn (elektriciteit), en bij diefstal verkrijgt de wegnemer de feitelijke macht over het gestolen goed terwijl de bestolene de feitelijke macht door het wegnemen daarover verliest.

Verdachte wordt veroordeeld tot 160 uur werkstraf onvoorwaardelijk en vier weken jeugddetentie voorwaardelijk.

UITSPRAAK

RECHTBANK LEEUWARDEN
Sector straf

parketnummer 17/676123-07 VEV

vonnis van de meervoudige kamer voor de behandeling van strafzaken d.d. 21 oktober 2008 in de zaak van het openbaar ministerie tegen de verdachte

[verdachte],
geboren op [geboortedatum] 1992 te [geboorteplaats],
wonende te [adres verdachte]

De rechtbank heeft gelet op het ter terechtzitting gehouden onderzoek van 7 oktober 2008.

De verdachte is verschenen, bijgestaan door mr. R.A. Schütz, advocaat te Leeuwarden.

Telastelegging

Aan dit vonnis is een door de griffier gewaarmerkte fotokopie van de dagvaarding gehecht, waaruit de inhoud van de telastelegging geacht moet worden hier te zijn overgenomen.

In de telastelegging voorkomende schrijffouten of kennelijke misslagen worden verbeterd gelezen. De verdachte is hierdoor niet in zijn belangen geschaad.

Vordering officier van justitie

De officier van justitie heeft ter terechtzitting gevorderd:

- veroordeling voor het primair telastegelegde;
- oplegging van een werkstraf voor de duur van 180 uren subsidiair 90 dagen jeugddetentie, alsmede voorwaardelijke jeugddetentie voor de duur van vier weken met een proeftijd van twee jaar;

Overweging ten aanzien van het verzoek van de raadsman tot het horen van getuigen

De raadsman heeft ter zitting bepleit om de zaak aan te houden als bedoeld in artikel 328 juncto artikel 315 van het Wetboek van Strafvordering, nu het volgens hem noodzakelijk is dat aangever, medeverdachte en de verbalisanten die het verhoor van verdachte hebben afgenomen als getuige worden gehoord. De rechtbank geeft het door de raadsman hiertoe aangevoerde hierna letterlijk weer:

Clïënt ontkent de verweten gedragingen ten stelligste. Hij stelt zelf geen geweld te hebben gebruikt en niet te hebben gezien dat de medeverdachte het geweld heeft gebruikt dat volgens de aangifte zou zijn gedaan. Het geweld en de bedreigingen die volgens de aangever zouden zijn verricht door [verdachte], past volstrekt niet bij het beeld dat van [verdachte] wordt verkregen uit de rapportage van de Raad voor de Kinderbescherming. Het is eigenlijk onvoorstelbaar dat iemand als [verdachte], zoals hij door de diverse referenten beschreven wordt, zomaar ineens een en eenmalig dergelijk gewelddadig gedrag zou vertonen. Volgens [verdachte] heeft de aangever ten onrechte de handelingen die mogelijk mededader [medeverdachte] heeft gepleegd, ook in verband gebracht met [verdachte]; mogelijk was de aangever door de handelingen van [medeverdachte] in de war, zodanig dat de aangifte een onjuist beeld geeft van de feiten. Uit het dossier blijkt dat de aangever flink overstuur was. Het feit dat medeverdachte [medeverdachte] [verdachte] ook belast, kan volgens [verdachte] mogelijk verklaard worden uit het feit, dat [medeverdachte] mogelijk heeft gedacht er zelf beter vanaf te komen als hij de schuld deels zou kunnen afschuiven of delen met [verdachte]. [verdachte] geeft aan dat hij in eerste instantie heeft ontkend bij de politie, maar dat hij toen de politie hem niet geloofde en hem vertelde dat hij mogelijk veel langer op het bureau moest blijven, vervolgens maar de verdenkingen heeft beaamd. Uit het proces-verbaal komt de in eerste instantie ontkennende houding van [verdachte] niet naar voren.

[verdachte] acht het op grond van het voorgaande noodzakelijk voor de waarheidsvinding dat de aangever, [medeverdachte] en de verbalisanten die het verhoor hebben afgenomen, als getuige worden gehoord; de aangever en [medeverdachte] om door te nemen in hoeverre de aangifte c.q. de verklaring juist zijn met betrekking tot de voor [verdachte] belastende onderdelen; de verbalisanten om te

horen of [verdachte] in eerste instantie een ontkennende houding heeft aangenomen in het verhoor, en of [verdachte] de in zijn verklaring opgenomen tekst geheel spontaan heeft verteld, of delen van de aangifte en wellicht de verklaring van de medeverdachte die mogelijk zijn voorgehouden, heeft beaamd.

Aangezien wegens een typefout in het adres in de brieven die ik [verdachte] in eerste instantie stuurde, deze brieven werden geretourneerd (in een laat stadium) en [verdachte] dus niet hebben bereikt, kon de zaak niet voor vrijdag 26 september 2008, zijnde tien dagen voor de zitting, met hem op kantoor besproken worden, hetgeen de reden is geweest dat niet tien dagen voor de zitting is verzocht de hierboven genoemde getuigen op te roepen.

De rechtbank overweegt als volgt. De raadsman heeft in zijn verzoek – kort gezegd – de betrouwbaarheid van de verklaringen in het proces-verbaal betwist. Naar het oordeel van de rechtbank is dit verzoek naar juridische maatstaven onvoldoende onderbouwd en zijn uit de stukken en het verhandelde ter zitting, gelet ook op de verklaring van verdachte, geen aanwijzingen naar voren gekomen om deze personen nader te horen als getuige. Derhalve is de rechtbank van oordeel dat dagvaarding of oproeping van deze personen niet noodzakelijk is. De rechtbank wijst aldus het verzoek van de raadsman af.

Het bestanddeel ‘goed’ als bedoeld in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht De officier van justitie heeft – kort gezegd – ter zitting aangevoerd dat de virtuele amulet en het virtueel masker goederen zijn die onder het bestanddeel ‘goed’ als bedoeld in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht vallen en de raadsman heeft ter zitting het tegenovergestelde bepleit.

De rechtbank overweegt als volgt. In de onderhavige zaak is sprake van virtuele goederen, namelijk een virtuele amulet en een virtueel masker uit het online computerspel “RuneScape”. Het volgende is de rechtbank ambtshalve bekend over “RuneScape”. “RuneScape” is één van de grotere online spellen en vooral populair onder de jeugd. Miljoenen spelers, zogenaamde online gamers, over de hele wereld spelen het spel. “RuneScape” speelt zich af in een virtuele wereld, waarin spelers met karakters kunnen deelnemen aan die virtuele wereld. Spelers kunnen onder meer opdrachten (‘quests’) vervullen, tegen andere spelers vechten en andere activiteiten ontplooiën. Hiervoor kan men onder andere ‘items’, zoals een masker of een amulet, verkrijgen. De items hebben elk afzonderlijk een waarde. Die waarde wordt in dit spel uitgedrukt in ‘coins’ en die waarde fluctueert op basis van vraag en aanbod van die items. Met die ‘coins’ kan men als speler ‘skills’ (vaardigheden) trainen. Hoe meer ‘coins’ de speler heeft, hoe sterker hij wordt in het spel “RuneScape”.

Aangever, verdachte en medeverdachte hadden elk een account, dat toegang gaf tot het spelen van “RuneScape” en waren ook actief speler van dit spel. Aangever had in zijn account een virtuele amulet en een virtueel masker.

Artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht heeft als doel het vermogen van de burger te beschermen. Bij de beantwoording van de vraag of virtuele goederen, goederen in de zin van dat artikel zijn, dient dit in het oog te worden gehouden. Er is een aantal criteria waaraan moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een goed in de zin van genoemd artikel.

Allereerst is van belang of een goed voor de bezitter ervan waarde heeft. Deze waarde hoeft niet in geld uitgedrukt te kunnen worden.

In de huidige maatschappij zijn de virtuele goederen uit het online computerspel “RuneScape” van grote betekenis geworden. Voor grote aantallen online gamers hebben deze goederen waarde. Hoe meer virtuele goederen een speler heeft, hoe sterker hij is in het spel. Bovendien worden de virtuele goederen voor geld gekocht en verkocht, bijvoorbeeld via internet of op het schoolplein.

Uit de onderhavige zaak blijkt ook dat het masker en de amulet voor zowel aangever als verdachte en medeverdachte waarde hadden.

Van belang is tevens dat een goed niet stoffelijk behoeft te zijn. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat ook niet-stoffelijke voorwerpen – zoals elektriciteit en giraal geld – als goed in strafrechtelijke zin worden aangemerkt. De virtuele amulet en het virtueel masker als bedoeld in de onderhavige zaak zijn geen stoffelijke goederen, alhoewel ze wel waarneembaar zijn. Gelet op de bedoelde jurisprudentie is dat geen beletsel om ze als goed als bedoeld in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht aan te merken.

Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat een belangrijk kenmerk van een goed in strafrechtelijke zin is dat de wegnemer bij diefstal de feitelijke macht over het gestolen goed verkrijgt en de bestolene de feitelijke macht door het wegnemen daarover verliest. Het bezit van het goed moet van de een naar de ander kunnen overgaan. Met strafrechtelijk bezit wordt bedoeld het hebben van feitelijke macht. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat het voorgaande niet het geval is bij een pincode, computergegevens en belminuten van een telefoonabonnement.

De in de onderhavige zaak bedoelde virtuele goederen, te weten een virtuele amulet en een virtueel masker, waren in het bezit van aangever. Alleen hij had de feitelijke macht over die goederen. Het bezit van die virtuele goederen kan worden overgedragen, bijvoorbeeld door de goederen van het ene account naar het andere over te hevelen.

In de onderhavige zaak zijn de goederen ook overgegaan, namelijk uit de feitelijke macht van aangever naar die van verdachte en de medeverdachte. Verdachte en de medeverdachte hebben de goederen van het account van aangever overgebracht naar het account van verdachte. Hierdoor is aangever de feitelijke macht over de goederen kwijtgeraakt en hebben verdachte en de medeverdachte de feitelijke macht daarover verkregen.

Nu de virtuele amulet en het virtueel masker als bedoeld in de onderhavige zaak aan de hiervoor genoemde criteria voldoen, is de rechtbank van oordeel dat deze virtuele goederen onder het begrip ‘goed’ als bedoeld in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht vallen en toebehoorden aan aangever.

Bewijsoverweging

De raadsman heeft ter zitting aangevoerd dat verdachte de goederen zich niet wederrechtelijk heeft toegeëigend en vrijgesproken moet worden van het primair en subsidiair telastgelegde, nu de spelregels van “RuneScape” de gedragingen

van verdachte en medeverdachte toelaten en zij derhalve niet strafbaar hebben gehandeld.

De rechtbank is van oordeel dat dit verweer moet worden verworpen, nu de handelingen van verdachte en medeverdachte buiten de context van het spel hebben plaatsgevonden en aldus niets met de spelregels van “RuneScape” te maken hebben.

Bewijsmiddelen

De rechtbank past met betrekking tot het primair telastgelegde de volgende bewijsmiddelen toe:

1. de verklaring van verdachte afgelegd ter terechtzitting van 7 oktober 2008, welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Op 6 september 2007 zijn [medeverdachte], [slachtoffer] en ik naar het huis van [medeverdachte] in Leeuwarden gegaan. [medeverdachte], [slachtoffer] en ik spelen allemaal het online spel “RuneScape”. Een dag eerder hadden [medeverdachte] en ik via MSN met elkaar gesproken om virtuele goederen van de online game “RuneScape” uit het account van [slachtoffer] over te brengen naar ons account. Ik heb gezien dat [medeverdachte] [slachtoffer] heeft geslagen. Ik heb ook gezien dat [medeverdachte] een mes heeft gepakt en daarmee richting [slachtoffer] liep. Nadat ik was vertrokken uit de woning van [medeverdachte] en in mijn woning achter de computer zat, heeft [medeverdachte] mij via MSN gevraagd om weer terug te komen. Ik kwam meteen naar zijn woning. Een virtueel amulet en een virtueel masker zijn door [medeverdachte] vanuit het account van [slachtoffer] overgebracht naar mijn account. [medeverdachte] en ik zouden elk de helft van de waarde van die items krijgen.

2. het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van verhoor verdachte (pag. 30, 32 en 33), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Ik heb [slachtoffer] op 6 september 2007 in een wurggreep genomen door zijn nek in te klemmen in mijn elleboog. Ik spande mijn spieren aan, zodat [slachtoffer] geen lucht kon krijgen. Wij hebben [slachtoffer] geslagen. Ik heb [slachtoffer] opzettelijk met mijn vlakke hand tegen zijn gezicht geslagen. Omdat [slachtoffer] niet meewerkte, heb ik hem de keel dichtgeknepen. Wij dwongen [slachtoffer] om in te loggen op die computer. [slachtoffer] wilde niet zijn wachtwoord geven en inloggen op de computer om het spel te spelen. Doordat wij hem bedreigden, heeft hij op een gegeven moment wel ingelogd en het spel opgehaald. Ik bedreigde [slachtoffer] dat hij wel mee moest werken. Als [slachtoffer] niet wilde meewerken dan zou ik hem nog meer klappen geven. Omdat wij [slachtoffer] bedreigden heeft hij zich ingelogd. Als wij hem niet bedreigd hadden, dan had hij vrijwillig nooit toegestaan dat wij aan zijn punten konden komen. Uit de keukenla heb ik twee messen gepakt. Ik haalde het lemmet van beide messen over elkaar. Mijn bedoeling was dat [slachtoffer] hiervan bang zou worden en zou meewerken om ons zijn wachtwoord en dergelijke te geven. Ook is [slachtoffer]

tegen de grond gewerkt. Wij hebben hem toen geslagen. Een dag eerder hebben [medeverdachte] en ik afgesproken dat we [slachtoffer] de volgende dag mee zouden nemen naar het huis van [medeverdachte] en dat we dan met geweld zouden proberen om die punten en het geld van [slachtoffer] te krijgen en we spraken af dat we over zouden gaan op geweld als ons plan zou mislukken.

3. het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van aangifte (pag. 17, 18, 19), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Ik doe al jaren een spelletje op internet. Ik ben hier gemiddeld iedere dag meer dan 4 uren mee bezig. Het spelletje heet RuneScape. Het is een spel waarbij je een klein poppetje bent dat geld kan verdienen door te werken. Ik ben erg rijk op Runescape en omdat ik rijk ben ook heel sterk. Ik ben in dit spel bijna niet te verslaan. Vanwege mijn grote bezit op Runescape aan geld en goederen verander ik bijna iedere drie dagen mijn wachtwoord, omdat ik bang ben dat iemand erachter komt en mij hacked.

[medeverdachte] wil graag dat ik hem geld en items geef in het spel.

Ik fietste op 6 september 2007 mee met [medeverdachte] en [verdachte] naar de woning van [medeverdachte] te Leeuwarden. Ik zag dat [medeverdachte] met een sleutel de deur van de flatwoning opendeed. Ik moest vervolgens met [verdachte] en [medeverdachte] meelopen naar een slaapkamer in de woning. Vervolgens moest ik van [medeverdachte] en [verdachte] meewerken om het geld en de goederen van mijn account over te zetten naar het account van [verdachte]. Toen ik zei dat ik dat niet wilde, begonnen [medeverdachte] en [verdachte] mij te slaan en te schoppen. Ik werd kennelijk opzettelijk en met kracht met tot vuisten gebalde handen tegen mijn hoofd geslagen. Zij sloegen mij opzettelijk en met kracht heel veel keren tegen mijn hoofd en tegen mijn ribben. Door de klappen die ik kreeg, viel ik op de grond van de slaapkamer. Vervolgens voelde en zag ik dat beiden mij opzettelijk en met kracht schopten tegen mijn borstkas en mijn benen. Ook zag en voelde ik dat zij kennelijk opzettelijk en met kracht op mijn borstkas gingen staan. Door de vele klappen en schoppen en doordat beiden met hun voeten op mijn borst gingen staan, voelde ik erg veel pijn. Ik hoorde dat ze tegen mij riepen dat ze me dood zouden maken. Vervolgens zag en hoorde ik dat eerst [medeverdachte] naar de keuken liep en een mes ophaalde en dat kort daarop [verdachte] ook naar de keuken liep en twee messen ophaalde. Met de messen bedreigden [medeverdachte] en [verdachte] mij met de dood. Ik werd erg bang. Ik kon niets anders meer dan meewerken met [medeverdachte] en [verdachte]. Ik durfde niets meer te weigeren. Ik zag dat [verdachte] inlogde met zijn account op het spel RuneScape op de computer in de slaapkamer. Ik moest vervolgens met beiden mee naar een computer in de woonkamer van de flat waar ik met mijn account moest inloggen op het spel RuneScape. Vervolgens moest ik onder dwang met mijn poppetje vechten tegen [verdachte] die het spel speelde vanaf de computer op de slaapkamer. Tijdens het vechten met het poppetje van [verdachte] bleef [medeverdachte] steeds bij mij staan in de woonkamer. Ik zag dat [medeverdachte] en [verdachte] wisselden. Toen [verdachte] bij mij en de computer kwam staan in de woonkamer en [medeverdachte] naar de slaapkamer was, werd ik plotseling

door [verdachte] met de stoel waarop ik zat naar achterover getrokken. Ik lag op de grond en kreeg van [verdachte] weer klappen en schoppen op mijn hoofd en mijn lichaam. Toen het ophield, zag ik dat [verdachte] op de stoel zat bij de computer in de woonkamer. Ik stond op en zag dat [verdachte] al mijn geld en goederen van mijn RuneScape-account overzette naar zijn eigen account, van mijn stal. Nadat [verdachte] al het geld en goederen van mijn account had gestolen, zag ik dat hij uitlogde. Ook [medeverdachte] kwam erbij in de woonkamer. Door beiden werd ik vervolgens uit huis gezet.

4. het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van verhoor medeverdachte (pag. 24, 25, 26 en 27), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Vroeger was ik rijker in dit spel dan [slachtoffer], maar [slachtoffer] had een paar dagen geleden geluk gehad, want hij had spullen gevonden van een dode man en die man was heel rijk en had dus veel waardevolle spullen. Die spullen had [slachtoffer] gepakt en daardoor was hij in één klap heel rijk. Ik werd daar eigenlijk wel jaloers van. Ik heb een paar keer aan [slachtoffer] gevraagd of ik wat geld of spullen van hem kon krijgen. Daarmee bedoel ik dan spullen of coins die je in dit computerspel gebruikt. Ik heb een vriend die [verdachte] (fonetisch) heet. Ik vroeg op 6 september 2007 of [verdachte] Runescape wilde spelen en ik zei verder dat ik van plan was om [slachtoffer] te hacken. Hiermee bedoel ik dat ik spullen van hem af wilde pakken. Hij vond dat goed en fietste met [slachtoffer] en mij naar mijn huis.

Ik ben met [slachtoffer] gaan vechten, omdat hij niet wilde inloggen. Ik heb hem geschopt, twee keer hard geschopt tegen zijn benen. Ik heb [slachtoffer] ook geduwd en getrokken. Ik heb hem naar de grond gewerkt. [verdachte] ging naar huis. Ik heb via MSN tegen [verdachte] gezegd dat hij weer moest komen, omdat [slachtoffer] niet wilde inloggen. [verdachte] kwam meteen. [verdachte] heeft [slachtoffer] geslagen op zijn hoofd. Ook kneep hij in het hoofd van [slachtoffer]. [verdachte] heeft [slachtoffer] op de grond gegooid en [verdachte] en ik hebben bovenop [slachtoffer] gestaan. [verdachte] en ik stonden om de beurt op zijn heupen en aan de zijkant van zijn ribben. We stonden niet echt op hem, maar drukten met een been op hem. Ik ben toen naar de keuken gelopen en heb een mes uit een keukenla gepakt. Dit was een groot en dik vleesmes met een zwart handvat. [verdachte] pakte ook twee messen. Eén van die messen was een scherp dun mes. Ik maakte dreigende bewegingen met het mes in mijn hand. Ik slingerde er wat mee. Ik stond daarbij ongeveer drie meter van [slachtoffer] af en liep richting [slachtoffer]. [verdachte] maakte met beide messen dreigende bewegingen door de messen heen en weer te bewegen. [verdachte] en ik wilden [slachtoffer] bang maken en ik heb tegen [slachtoffer] gezegd: "Ik maak je dood". We hebben de messen daarna teruggelegd en gezegd dat [slachtoffer] moest inloggen. [slachtoffer] heeft toen ingelogd, omdat hij bang was. Hij heeft ingelogd op de computer in de woonkamer. Ik ben toen achter de computer gaan spelen en heb spullen van hem gedropt. Dit betekent dat ik spullen van hem op een andere plek heb neergelegd en ik wilde dit dan via die andere computer weer pakken, zodat het van mij werd. Ik heb een amulet en een masker gedropt. Het masker, maar voor-

al de amulet zijn in dit spel veel waard. [verdachte] en ik delen vaak spullen in dit spel en had ik er dus ook voordeel van. Ik zag dat [verdachte] [slachtoffer] hard op de grond gooide.

U vraagt mij of [verdachte] en ik de diefstal van de coins hadden gepland. [verdachte] en ik hadden dit inderdaad de dag ervoor al afgesproken via MSN. Als [slachtoffer] niet met ons mee wilde werken, dan zouden wij hem slaan. Dit was een idee van ons allebei.

5. het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van bevindingen (pag. 21), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Wij, verbalisanten, zagen op 6 september 2007 dat [slachtoffer] zichtbaar pijn had en zodanig onder de indruk was van dit alles dat [slachtoffer] maar moeilijk zijn verhaal kwijt kon aan ons verbalisanten.

6. het in wettelijke vorm opgemaakte proces-verbaal van politie (pag. 4), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Na overleg met de officier van justitie werd door de verdachte [verdachte] de door hem en door medeverdachte [medeverdachte] in het spel Runescape gestolen goederen teruggegeven aan de rechtmatige eigenaar. Via een computer op het politiebureau te Leeuwarden werd door verdachte [verdachte] ingelogd in het voornoemde spel. Tevens werd door aangever het spel opgestart. Telefonisch werd door de aangever aan mij, verbalisant Veldman, doorgegeven dat op een gegeven moment hij alle door de verdachten gestolen goederen terug had ontvangen, waarna het spel weer werd beëindigd.

7. een schriftelijke geneeskundige verklaring d.d. 7 september 2008 met betrekking tot [slachtoffer] (pag. 37), welke – zakelijk weergegeven – onder meer inhoudt:

Uitwendig waargenomen letsel:

- drukpijn rechts op de borstkas;
- schaafwonden en drukpijn op de rechterschouder;
- drukpijnlijke rechterbil en rechterenkel.

Datum waarop werd onderzocht: 07/09/2007.

Geschatte duur van de genezing: 2 weken.

Bovenstaande wettige bewijsmiddelen – in onderling verband en samenhang beschouwd – houden de redengevende feiten en omstandigheden in waarop de beslissing van de rechtbank steunt dat verdachte het hierna bewezenverklaarde feit heeft begaan.

Bewezenverklaring

De rechtbank acht het primair telastgelegde bewezen, met dien verstande dat:

primair

hij op 6 september 2007 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, tezamen en in vereniging met een ander, met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft weggenomen een virtueel amulet en een virtueel masker van het online computerspel genaamd RuneScape, toebehorende aan [slachtoffer], welke diefstal werd voorafgegaan en vergezeld van geweld en bedreiging met geweld tegen [slachtoffer], gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en gemakkelijk te maken, welk geweld en welke bedreiging met geweld hierin bestonden dat hij, verdachte, en zijn mededader die [slachtoffer] meermalen en met kracht met tot vuisten gebalde handen tegen het hoofd en de ribben en elders tegen het lichaam hebben geslagen en die [slachtoffer] tegen de borstkas en de benen en elders tegen het lichaam hebben geschopt en op het lichaam van die [slachtoffer] zijn gaan staan en messen in de richting van het lichaam van die [slachtoffer] hebben gehouden en met messen zwaaiende en slingerende bewegingen voor die [slachtoffer] hebben gemaakt en die [slachtoffer] hebben toegevoegd de woorden “ik maak je dood”, en die [slachtoffer] in zijn stoel achterover hebben getrokken en naar de grond hebben gewerkt en de nek van die [slachtoffer] in een wurggreep hebben genomen.

De verdachte zal van het meer of anders telastegelegde worden vrijgesproken, aangezien de rechtbank dat niet bewezen acht.

Kwalificatie

Het bewezene levert op het misdrijf:

primair diefstal, voorafgegaan en vergezeld van geweld en bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en gemakkelijk te maken, terwijl het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.

Strafbaarheid verdachte

De rechtbank acht verdachte strafbaar nu niet van enige strafuitsluitingsgrond is gebleken.

Strafmotivering

De rechtbank neemt bij de bepaling van de hierna te vermelden strafsoort en strafmaat in aanmerking:

- de aard en de ernst van het gepleegde feit;
- de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon van verdachte, zoals daarvan ter terechtzitting is gebleken en deze naar voren komt uit het uittreksel uit het algemeen documentatieregister en de rapporten van de Raad voor de Kinderbescherming d.d. 24 oktober 2007 en 19 september 2008;
- de vordering van de officier van justitie;
- het pleidooi van de raadsman.

Verdachte heeft zich samen met een ander schuldig gemaakt aan diefstal met geweld. Na daartoe tevoren gemaakte afspraak hebben zij een schoolgenoot mee naar huis genomen en hem onder bedreiging met woorden en messen en door een forse lichamelijke mishandeling gedwongen in te loggen op zijn account van het computerspel "RuneScape". Zij hebben het slachtoffer op deze wijze voor hem en ook voor de daders van veel waarde zijnde goederen uit dit spel, te weten een virtuele amulet en een virtueel masker, uit jaloezie gestolen.

Het slachtoffer heeft ten gevolge van deze benarde situatie lichamelijk en psychisch letsel ondervonden.

De rechtbank tilt zwaar aan deze feiten.

Strafverzwarend acht de rechtbank dat verdachte, hoewel nog jong, weloverwogen heeft gehandeld en geen enkele verantwoordelijkheid neemt voor wat er is gebeurd. Verdachte heeft geen blijk gegeven van inzicht in het strafbare van zijn handelen en heeft een te positief beeld van zichzelf. De omstandigheid dat verdachte niet eerder met politie en justitie in aanraking is geweest en dat er veel tijd is verstreken tussen het plegen van het feit en de zitting beschouwt de rechtbank als strafverminderend.

De Raad voor de Kinderbescherming heeft over verdachte een tweetal rapporten uitgebracht, waaruit blijkt dat er zowel in de situatie op school als thuis geen problemen zijn gesignaleerd over het functioneren van verdachte. De Raad onthoudt zich van het geven van een strafadvies, omdat verdachte een ontkennende houding heeft aangenomen.

De officier van justitie heeft een werkstraf en daarnaast een voorwaardelijke jeugddetentie gevorderd. Voor een feit als waarvan in casu sprake is, is in het algemeen een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf passend. De rechtbank zal hiertoe echter niet overgaan gelet op het feit dat verdachte ten tijde van het plegen van het delict 14 jaar was, hij nog niet eerder met politie en justitie in aanraking is gekomen en ook omdat er tussen datum delict en de terechtzitting veel tijd is verstreken. Ook in het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming is gesteld dat een jeugddetentie geen meerwaarde heeft.

De rechtbank kan zich derhalve vinden in de strafmodaliteit als door de officier van justitie aangegeven en zal verdachte een forse werkstraf opleggen. Een voorwaardelijke jeugddetentie zal verdachte worden opgelegd, teneinde hem er van te weerhouden in de toekomst weer de fout in te gaan.

Toepassing van wetsartikelen

De rechtbank heeft gelet op de artikelen 77a, 77g(oud), 77i, 77m(oud), 77n, 77x(oud), 77y(oud), 77z(oud), 310 en 312 van het Wetboek van Strafrecht.

DE UITSPRAAK VAN DE RECHTBANK LUIDT, RECHTDOENDE:

Wijst het verzoek van de raadsman tot het horen van getuigen af.

Verklaart het onder primair telastgelegde bewezen, te kwalificeren en strafbaar in voege als voormeld en verdachte deswege strafbaar.

Veroordeelt verdachte te dier zake tot:

Een werkstraf, bestaande uit het verrichten van 160 uren onbetaalde arbeid. De arbeid moet binnen 12 maanden zijn verricht.

Beveelt dat voor het geval de veroordeelde de werkstraf niet naar behoren verricht, vervangende jeugddetentie voor de duur van 80 dagen zal worden toegepast.

Een jeugddetentie voor de duur van vier weken.

Bepaalt, dat deze jeugddetentie niet zal worden tenuitvoergelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten, op grond, dat de veroordeelde zich voor het einde van een proeftijd, welke hierbij wordt vastgesteld op twee jaren, aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Verklaart niet bewezen hetgeen aan verdachte meer of anders is telastgelegd dan het bewezenverklaarde en spreekt verdachte daarvan vrij.

Dit vonnis is gewezen door mr. B.J. de Jong, voorzitter en tevens kinderrechter, mr. M.J. Dijkstra en mr. A. de Jong, rechters, bijgestaan door mr. G. Sannes, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van deze rechtbank op 21 oktober 2008.

Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 11 november 2008
Waterschapsverkiezingen
LJN-nummer BG3907

Verkiezingen, stemmen via internet, stemcomputers, stemgeheim, buiten werking stellen van een algemeen verbindend voorschrift, terughoudendheid

Kort geding tussen Stichting "Wij vertrouwen stemcomputers niet" en de waterschappen, over waarborging stemgeheim bij waterschapsverkiezingen.

De vordering van de stichting komt dus neer op een vordering tot het buiten werking stellen van – in elk geval – een onderdeel van het Waterschapsbesluit (zijnde een algemene maatregel van bestuur en dus een algemeen verbindend voorschrift). De voorzieningenrechter is in elk geval niet zonder meer overtuigd geraakt van de onjuistheid of ongegrondheid van de bezwaren van de stichting. Er is ten minste aanleiding voor twijfel hierover. Aan de andere kant kan thans evenmin worden geconcludeerd dat in relevante mate aannemelijk is dat het door de waterschappen gehanteerde verkiezingssysteem onvoldoende waarborgen biedt voor het stemgeheim. Hetgeen de stichting heeft aangevoerd is vooralsnog onvoldoende overtuigend. Mede gelet op de door de voorzieningenrechter te betrachten terug-

houdendheid, zoals hiervoor beschreven, leidt het voorgaande tot de slotsom dat er onvoldoende grond is voor toewijzing van het gevorderde.

UITSPRAAK

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 11 november 2008,
gewezen in de zaak met zaak- / rolnummer: 320128 / KG ZA 08-1209 van:

de stichting
Stichting 'WIJ VERTROUWEN STEMCOMPUTERS NIET',
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. J.S. Pen te Amsterdam,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
HET HOOGHEEMRAADSCHAP VAN RIJNLAND,
zetelende te Leiden,
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
DE UNIE VAN WATERSCHAPPEN,
zetelende te Den Haag,
3. de stichting
HET WATERSCHAPSHUIS,
zetelende te Edam,
gedaagden,
advocaat mr. E.J. Daalder te Den Haag.

Eiseres zal hierna worden aangeduid als 'de stichting' en gedaagden gezamenlijk als 'de waterschappen'.

1. De toepasselijke wet- en regelgeving

1.1. Artikel 20 Waterschapswet luidt, voor zover relevant, als volgt:

- '1. De verkiezingen worden gehouden bij geheime stemming.
(...)
- 3. Het uitbrengen van de stem geschiedt per brief of, voorzover het waterschap de kiesgerechtigde daartoe in de gelegenheid stelt, met behulp van informatie- en communicatietechnologie.
(...)'

1.2. Het Waterschapsbesluit luidt, voor zover relevant, als volgt:

(...)

Hoofdstuk 2. De verkiezing van leden van het algemeen bestuur

(...)

§ 9. Algemene bepalingen omtrent de stemming

Artikel 2.44

In de paragrafen 9 tot en met 16 en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

de voorziening briefstemmen: de voorziening die het stembureau in staat stelt de per brief uitgebrachte stemmen te verwerken en de uitslag van de verkiezing vast te stellen.

de voorziening internetstemmen: de voorziening die de kiesgerechtigde in staat stelt om zijn stem uit te brengen met behulp van internet en die het stembureau in staat stelt de uitslag van de verkiezing vast te stellen.

Artikel 2.45

1. Een voorziening als bedoeld in artikel 2.44, voldoet aan de volgende vereisten:

a. het geheime karakter van de stemming is voldoende gewaarborgd;

b. de betrouwbaarheid van de voorziening is voldoende gewaarborgd;

(...)

e. de voorziening is beveiligd tegen inbreuken, zowel van buitenaf als van binnenuit, die de integriteit van de voorziening in gevaar brengen of kunnen brengen.

2. Ten aanzien van de voorziening zijn technische en organisatorische maatregelen getroffen om de integriteit en de betrouwbaarheid van de stemming te waarborgen.

(...)

4. Teneinde te waarborgen dat wordt voldaan aan de in de vorige leden bedoelde eisen en voorschriften stelt het dagelijks bestuur een protocol op. In dit protocol wordt tevens beschreven:

a. de procedure van het vervaardigen van de stembescheiden;

b. de wijze waarop de code, bedoeld in artikel 2.48, eerste lid, wordt vastgesteld.

(...)

Artikel 2.48

1. Het stembureau voorziet elke kiesgerechtigde van een unieke, geanonimiseerde en vertrouwelijke code.

(...)

§ 11. Stemmen per brief

Artikel 2.53

(...)

2. Op het stembiljet worden ten behoeve van de stemopneming een of meer machineleesbare codes geprint om te waarborgen dat de kiesgerechtigde ten hoogste één geldige stem kan uitbrengen. De code of codes bevatten de code als bedoeld in artikel 2.48 in versleutelde vorm, aangevuld met een cijfermatige weergave van de naam van het waterschap, van het jaar van de verkiezingen en, indien van toepassing, van het desbetreffende kiesdistrict.

(...)

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 3 november 2008 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De statutaire doelstelling van de stichting luidt als volgt:

‘a. Het bevorderen, verdedigen en onderzoeken van controleerbare en transparante verkiezingen, met bijzondere aandacht voor de obstakels die het elektronisch stemmen daarbij opwerpt.

b. Het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.’

2.2. Van 13 tot en met 25 november 2008 worden verkiezingen gehouden voor de besturen van de 26 waterschappen.

2.3. In verband met een recente wijzing van de Waterschapswet worden de waterschapsverkiezingen voor het eerst gehouden met toepassing van het zogenoemde lijstenstelsel. Voorheen werd het zogenoemde personenstelsel toegepast.

2.4. Ten behoeve van het houden van verkiezingen via internet is het systeem RIES (Rijnland Internet Election System) ontworpen. Dit systeem is in het kader van een experiment onder meer gebruikt bij de verkiezingen van (enkele) waterschapsbesturen in 2004.

2.5. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de aanstaande waterschapsverkiezingen via internetstemmen zouden plaatsvinden. Nadat in meerdere onderzoeksrapporten ernstige kritiek was geleverd op het systeem RIES, heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat bij brief van 30 juni 2008 aan de Tweede Kamer bericht dat de voorziening voor het internetstemmen niet voldoet aan de gestelde eisen. De komende verkiezingen zullen daarom via briefstemmen plaatsvinden.

2.6. Ook in de voorziening voor het briefstemmen wordt (een onderdeel van) het systeem RIES gebruikt.

2.7. De waterschappen hebben overeenkomstig artikel 2.45 Waterschapsbesluit een protocol (hierna: het protocol) opgesteld. Het protocol luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘(...)

3. Voorziening briefstemmen

(...)

– Portal

De Portal is een netwerkkapplicatie waarmee alle processen rondom het voorbereiden, uitvoeren en afsluiten van verkiezingen worden gefaciliteerd. (...)

Om de bestandsintegriteit te kunnen controleren, vindt er bij het overdragen van een bestand altijd een checksum-controle plaats. (...)

– Toegang tot de Portal

Alle partijen/gebruikers die toegang willen tot de Portal maken verbinding met een Virtual Private Network (VPN). VPN zorgt voor een beveiligde en encrypted verbinding over het internet tussen de gebruiker en de Portal.

– RIPOCS

RIPOCS is verantwoordelijk voor de uitvoering van cryptografische functies van de Portal. (...)

5. Voorbereiding stemming en stemopneming

5.1 Aanmaken stembescheiden

(...)

Het agentschap BPR levert de gegevens uit het GBA via een beveiligde verbinding aan de Bestandendienst. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van het File Transfer Protocol voor bestandsuitwisseling. De Bestandendienst leest deze gegevens in en alle kiesgerechtigden die binnen de afbakening van het verzorgingsgebied van een waterschap vallen worden aan dit waterschap gekoppeld. Hiermee ontstaan in totaal 26 kiesregisters voor de 26 waterschappen.

(...)

Nadat het stembureau alle kandidaten en lijsten gecontroleerd heeft, de volgorde van de lijsten is vastgesteld en de gegevens door het waterschap goedgekeurd zijn genereert de Bestandendienst de K50, de H00 en managementinformatie. Wanneer deze geaccordeerd zijn door het waterschap wordt de K50 klaargezet in de Portal.

(...)

Ten behoeve van het aanmaken van de stembescheiden voorziet de voorziening RIPOCS elke kiesgerechtigde van een unieke, willekeurige en vertrouwelijke code (art. 2.48, eerste lid Wsb). Deze code wordt berekend op basis van een betekenisloos, uniek en willekeurig volgnummer voor iedere kiezer. Het bestand waarin alle stemcodes staan in combinatie met de NAW gegevens van de kiesgerechtigden is het vertrouwelijke bestand C10. De combinatie van deze gegevens is echter noodzakelijk voor de productie van de stembescheiden. Alleen de drukker van de stembescheiden beschikt over de sleutel waarmee het C10 bestand leesbaar en daarmee verwerkbaar kan worden gemaakt.

Het sleutelbeheer vindt volledig automatisch plaats door een speciale, cryptografische component in RIPOCS en kent alleen een vercijferingssleutel voor en van de producent van de stembescheiden. RIPOCS is de fysiek en logisch afgesloten voorziening die voor gebruik door een onafhankelijke partij geverifieerd is. De audit gegevens hiervan worden door een onafhankelijke functionaris gewaarmerkt.

(...)

5.2 De Stembescheiden

Op 13, 14 en 15 november 2008 ontvangt elke kiezer van de voorzitter van het waterschap waar hij op 16 september 2008 kiesgerechtigd is, de stembescheiden (art. 2.49 Wsb). (...)

5.5 Waarborgen stemgeheim en beveiliging

Verkiezingen dienen rechtmatig te verlopen waarbij het stemgeheim van de kiezer is gewaarborgd. In dat licht speelt beveiliging een belangrijke rol bij de verkiezingen. Om die reden dient een aantal beveiligingsmaatregelen te worden getroffen.

(...)

5.5.1 Productieproces

De productie van het stempakket zal plaatsvinden in de productielocatie van de producent van de stembescheiden: het PrintServiceBureau (PSB). PSB heeft zich geconfirmeerd aan de volgende eisen ten aanzien van geheimhouding en beveiliging.

- Te leveren prestaties voldoen aan de voorwaarden van het Waterschapsbesluit. Deze voorwaarden bepalen onder andere dat het stemgeheim gewaarborgd moet zijn.
- Alle betrokken personeelsleden bij PSB ondertekenen de geheimhoudingsverklaring.
- PSB beschikt over een veiligheidsplan om het stemgeheim te kunnen waarborgen.
- Tijdens de productie en opslag van de stempakketten worden geen onbevoegden toegelaten tot de productieruimtes en opslagruimtes. Bevoegden in productie- en opslagruimtes worden geregistreerd.
- Twee geautoriseerde medewerkers van PSB hebben toegang tot de versleutelde gegevens.
- PSB genereert een publiek/geheim cryptografisch sleutelpaar en levert de publieke sleutel aan waarmee het C10-bestand door RIPOCS geautomatiseerd versleuteld wordt.
- PSB voert een procedure uit die borgt en garandeert dat de geheime sleutel veilig wordt opgeslagen, beheerd en vernietigd.
- Variabele gegevens zijn zo kort als mogelijk in onversleutelde vorm op beveiligde systemen opgeslagen.

- Uitsluitend PSB is in staat om het versleutelde bestand (C10) te ontsleutelen.
 - PSB installeert lokaal een applicatie om het versleutelde document met NAW-gegevens en geheime codes van kiezers op het meest veilige moment kort voor productie in verwerkbare vorm te ontsleutelen.
 - PSB voert een procedure uit die borgt en garandeert dat data-dragers, de data en ander materiaal veilig wordt opgeslagen, beheerd en vernietigd. Tevens worden alle bewerkte gegevens en back-ups op een onherstelbare wijze vernietigd op het eerste moment dat ze niet meer nodig zijn.
 - Op het eerste moment dat de versleutelde gegevens niet meer nodig zijn zullen deze onherstelbaar worden vernietigd. Dit moment zal nooit later zijn dan 11 november 2008, de dag voor verzending van de stempakketten. De vernietiging gebeurt in aanwezigheid van een EDP-auditor. Er wordt een vernietigingsverklaring opgesteld, die wordt overgelegd aan het Waterschapshuis.
 - Tijdens de productie en opslag is er permanent (7 dagen per week en 24 uur per dag) toezicht op de geproduceerde stempakketten.
- Bovengenoemde maatregelen zijn uitgewerkt in procedures en van de handelingen wordt verantwoording afgelegd in formulieren/rapporten. Tijdens de voorbereiding en uitvoering van de productie heeft opdrachtgever te allen tijde het recht om controles uit voeren op de productielocatie.
- (...)

5.5.2 Responsverwerking

De responsverwerking wordt gedaan door de VPSB (VerwerkingsPrintServiceBureau). VPSB heeft zich geconfirmeerd aan de volgende eisen ten aanzien van geheimhouding en beveiliging.

- Te leveren prestaties voldoen aan de voorwaarden van het Waterschapsbesluit. Deze voorwaarden bepalen onder andere dat het stemgeheim gewaarborgd moet zijn.
- Alle betrokken personeelsleden bij VPSB ondertekenen de geheimhoudingsverklaring uiterlijk voor de start van de stemperiode.
- VPSB beschikt over een veiligheidsplan om het stemgeheim te kunnen waarborgen.
- Werkzaamheden met een gevoelig karakter (zoals het scannen van stembiljetten) dienen uitsluitend door het stembureau aangewezen personen te worden uitgevoerd.
- Tijdens de responsverwerking en opslag van de stempakketten worden geen onbevoegden toegelaten tot de productie- en opslagruimtes. Bevoegden in de productie- en opslagruimtes worden geregistreerd.
- VPSB heeft de beschikking over een data-storage ruimte die voldoet aan de wettelijke voorschriften voor het opslaan van data.
- VPSB staat een schouw toe door 26 stembureaus kort voor of tijdens de verkiezingsperiode.

- De locatie waar de responsverwerking wordt verricht dient zowel intern als extern beveiligd te zijn, zodat ongeautoriseerde personen zich op geen enkele wijze toegang tot de beveiligde ruimte(s) kunnen verschaffen.
- Vanaf het moment dat TNT de retourenveloppen bij VPSB aflevert is er permanent toezicht op de ontvangen stembiljetten.
- Direct na het scannen van de stembiljetten of beoordelen van niet verwerk-bare stembiljetten worden deze opgeslagen in een beveiligde en bewaakte opslag.

Bovengenoemde maatregelen zijn uitgewerkt in procedures en van de hande-lingen wordt verantwoording afgelegd in formulieren/rapporten. Tijdens de voorbereiding en uitvoering van de productie heeft opdrachtgever te allen tijde het recht om controles uit voeren op de productielocatie.

(...)

7.1 Responsverwerking

(...)

7.1.2 Verwerking

(...)

- Aanmaken K30 bestanden

Zodra de batches met elektronisch en handmatig verwerkte stembiljetten com-pleet verwerkt zijn, worden de gegevens gereed gezet voor verwerking in out-putbestanden. Alle compleet verwerkte stembiljetten worden dagelijks geüp-load in een zgn. K30 bestand via een beveiligde verbinding waardoor het niet mogelijk is van de inhoud kennis te nemen. (...)’

2.8. Een op 31 oktober 2008 door de stichting in het geding gebracht document bevat een verhandeling over de bij de stichting levende bezwaren tegen het bij de komende verkiezingen gehanteerde systeem. Een op 3 november 2008 door de waterschappen in het geding gebracht document bevat een reactie hierop.

2.9. Uit artikel V van de Wet modernisering waterschapsbestel (Wet van 21 mei 2007, Stb. 2007, 208) volgt dat de thans zittende waterschapsbesturen aftreden op donderdag 8 januari 2009.

3. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

3.1. De stichting vordert – zakelijk weergegeven – (a) gedaagden, elk afzonder-lijk en gezamenlijk, te verbieden voor waterschapsverkiezingen gebruik te (doen) maken van stembiljetten waarop enig gegeven is afgedrukt dat op enig moment met behulp van enig bestand of enige verzameling van bestanden op de individu-ele kiezer is te herleiden, en (b) gedaagde sub 1 te gelasten het briefstemmen voor deze en alle volgende bestuursverkiezingen door middel van een procedure over-eenkomstig hoofdstuk M Kieswet te organiseren.

3.2. Daartoe voert de stichting – zakelijk en verkort weergegeven – het volgende aan.

Bij de komende waterschapsverkiezingen is het stemgeheim, dat verankerd is in de Grondwet en de belangrijke grondrechtenverdragen, niet gewaarborgd. Er bestaat een bestand (het C10-bestand) waarin de persoonsgegevens van de kiezers zijn gekoppeld aan de code die op de stembiljetten wordt afgedrukt. Door combinatie van het C10-bestand met het bestand met de uitgebrachte stemmen kan worden onthuld wat elke kiezer heeft gestemd. De veiligheidssystemen en -procedures zijn onvoldoende om te garanderen dat dit niet gebeurt. Onder meer is de gebruikte sleutellengte te klein (1024 bits), is de waarborging van het stemgeheim afhankelijk van de betrouwbaarheid van de drukker van de stembiljetten (een buitenlands bedrijf) en bestaat er een aanzienlijk risico dat het vertrouwelijke bestand ongewild toch niet definitief wordt vernietigd. Bij verwezenlijking van het risico liggen de stemmen van de hele bevolking op straat. Van belang is hierbij dat voor het eerst het lijstenstelsel wordt toegepast, en dat dus ook landelijke politieke partijen meedoen.

3.3. De waterschappen voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Nu de stichting aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd dat de waterschappen jegens haar onrechtmatig handelen, is de burgerlijke rechter – in dit geval de voorzieningenrechter in kort geding – bevoegd tot kennisneming van de vorderingen. De stichting is in haar vorderingen ook ontvankelijk, aangezien voor haar geen andere rechtsgang openstaat. Verder heeft de stichting, gelet op de aanstaande waterschapsverkiezingen, voldoende spoedeisend belang.

4.2. In dit kort geding gaat het om het zogenoemde stemgeheim. Dit is volgens de stichting bij de komende waterschapsverkiezingen onvoldoende gewaarborgd. Kernpunt van de bezwaren van de stichting betreft de op de stembiljetten afgedrukte code. De vordering van de stichting onder (a) is er dan ook op gericht dat het gebruik van een dergelijke code wordt verboden.

4.3. Het is van belang vast te stellen dat het door de waterschappen gehanteerde systeem – in elk geval voor wat betreft de toepassing van het briefstemmen en het gebruik van de code – wordt voorgeschreven in de toepasselijke wet- en regelgeving. Artikel 20 lid 3 van de Waterschapswet laat de keuze tussen stemmen per brief of – zakelijk weergegeven – per internet (zie hiervoor onder 1.1). Dit laatste is volgens het wetsartikel alleen mogelijk indien het waterschap de kiesgerechtigde daartoe in de gelegenheid stelt. Vast staat dat dit, als gevolg van problemen met de daartoe benodigde voorzieningen (zie hiervoor onder 2.5), niet is gebeurd. Het Waterschapsbesluit schrijft vervolgens bij toepassing van brief-

stemmen voor dat op het stembiljet één of meer machineleesbare codes worden aangebracht (zie hiervoor onder 1.2).

4.4. De vordering van de stichting komt dus neer op een vordering tot het buiten werking stellen van – in elk geval – een onderdeel van het Waterschapsbesluit (zijnde een algemene maatregel van bestuur en dus een algemeen verbindend voorschrift). Op zichzelf is het mogelijk dat een algemeen verbindend voorschrift als strijdig met hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen door de rechter buiten werking wordt gesteld. De rechter – en zeker de rechter in kort geding – dient echter niet licht tot deze maatregel te komen. Voor ingrijpen bij wijze van voorlopige voorziening is slechts plaats indien het bestreden voorschrift onmiskenbaar onverbindend is. Deze terughoudendheid houdt hiermee verband dat het in beginsel niet aan de rechter maar aan de materiële wetgever is, om bepaalde betrokken belangen vast te stellen en/of af te wegen. In dit geval was de materiële wetgever, gelet op artikel 2.45 van het Waterschapsbesluit (zie hiervoor onder 1.2), kennelijk van oordeel dat het stemgeheim voldoende was gewaarborgd.

4.5. Met inachtneming van de hiervoor besproken terughoudendheid dient dus beoordeeld te worden of het door de waterschappen gehanteerde verkiezingssysteem in strijd is met het uitgangspunt dat verkiezingen door middel van geheime stemming worden gehouden. Duidelijk is dat het hierbij gaat om een beginsel van hoge orde. Dit komt behalve in de wet- en regelgeving met betrekking tot de waterschapsverkiezingen ook tot uiting in de Kieswet, de Grondwet en de belangrijke grondrechtenverdragen. De stelling van de waterschappen dat de laatstgenoemde regelingen geen betrekking hebben op waterschapsverkiezingen – wat hier ook van zij – doet er niet aan af dat het gaat om een rechtsbeginsel waarvan het belang algemeen wordt ingezien, en deze stelling is in zoverre dan ook niet van belang. Op de waterschappen rust de positieve verplichting om aan dit beginsel recht te doen.

4.6. Het systeem waartegen de stichting opkomt wordt beschreven in het protocol, dat gedeeltelijk is weergegeven onder 2.7. Hieruit blijkt dat op een zeker moment het bestand C-10 tot stand komt. In dit vertrouwelijke bestand zijn de aan de kiesgerechtigden toegekende codes gekoppeld aan de persoonsgegevens van de kiesgerechtigden. De codes worden door de drukker afgedrukt op de stembiljetten, waarna deze naar de kiesgerechtigden worden verstuurd. De ingevulde stembiljetten worden opgestuurd naar een (bij deze verkiezingen: ander) bedrijf, dat de responsverwerking geautomatiseerd uitvoert. De stembiljetten worden gescand en opgeslagen in zogenoemde K-30 bestanden.

4.7. Volgens het protocol zijn, ook ter waarborging van het stemgeheim, onder meer de volgende veiligheidsmaatregelen getroffen. De netwerkapplicatie waarmee alle processen rondom het voorbereiden, uitvoeren en afsluiten van de verkiezingen worden gefaciliteerd (de Portal) is beveiligd (onder meer) in deze zin dat alle gebruikers verbinding maken met een zogenoemd virtual private network,

dat zorgt voor een beveiligde en encrypted verbinding over het internet. Het C-10 bestand is versleuteld, terwijl alleen de drukker van de stembiljetten over de sleutel beschikt. Aan deze drukker is een aantal eisen met betrekking tot beveiliging en geheimhouding gesteld. Onder meer hebben slechts twee geautoriseerde medewerkers van de drukker toegang tot de vertrouwelijke gegevens en dienen geheimhoudingsverklaringen te worden ondertekend. Zo snel mogelijk en in elk geval voor het begin van de verkiezingen wordt het C-10 bestand door de drukker onherstelbaar vernietigd. De waterschappen hebben er daarnaast op gewezen dat de cruciale informatie zich op meerdere plaatsen bevindt. Voor doorbreking van het stemgeheim zou het C-10 bestand nog gekoppeld moeten worden aan (het bestand met) de uitgebrachte stemmen.

4.8. De stichting heeft zich hierdoor echter niet laten overtuigen. Zij heeft een aantal bezwaren aangevoerd. De hoofdpunten hiervan en de ter zake gevoerde verweren zijn de volgende.

4.9. Ten eerste hebben de waterschappen volgens de stichting tot op heden niet duidelijk weten te maken waarom RIES, dat in diverse rapporten in het kader van internetstemmen als onveilig is bestempeld, wel zou voldoen bij toepassing in het kader van briefstemmen. Essentieel is hierbij volgens de stichting dat het systeem gebruikmaakt van een te zwakke versleuteling, namelijk een sleutellengte van 1024 bits. De stichting verwijst hiervoor naar een verklaring van een deskundige en een rapport, waaruit de relatieve zwakte van deze sleutel blijkt. Volgens de waterschappen gaat de stichting echter ten onrechte uit van deze sleutellengte. In werkelijkheid wordt volgens de waterschappen een sleutellengte van 2048 bits toegepast.

4.10. Niet duidelijk is geworden wie het hier bij het rechte eind heeft. Beide partijen hebben hun standpunten slechts summier toegelicht. De stichting heeft niet (voldoende) duidelijk gemaakt waaraan zij haar uitgangspunt ontleent. De waterschappen aan de andere kant hebben weliswaar verwezen naar een verklaring van Diginotar Internet Trust Services, die inhoudt dat aan de drukker twee certificaten zijn verstrekt met gebruikmaking van '2048 bits encryptie' op basis van een 'request' van de drukker 'met een sleutellengte van 2048 bits', maar volgens de stichting betreft deze verklaring een digitaal certificaat ter authenticatie, en niet de versleuteling van bestanden. Dit laatste is niet onaannemelijk, gelet op het slot van de verklaring ('Ten aanzien van de wijze van encryptie van bepaalde bestanden is door ons geen mededeling te doen. Dit is afhankelijk van de door de gebruiker gehanteerde methode van encrypten.'). Dat deze verklaring mogelijk niet ter zake doet betekent echter nog niet zonder meer dat het standpunt van de stichting over de sleutellengte juist is.

4.11. Het tweede bezwaar betreft de al eerder geconstateerde 'schokkende beveiligingsproblemen' bij de Portal. Terecht stelt de stichting dat de waterschappen nauwelijks inhoudelijk hebben gereageerd op dit bezwaar, ook in de onder 2.8

bedoelde reactie niet. Deze reactie is op dit punt in feite beperkt tot de stelling dat de in de rapporten geconstateerde problemen inmiddels zijn opgelost, waarbij is verwezen naar een brief van de staatssecretaris van 19 augustus 2008. De waterschappen hebben deze brief echter niet in het geding gebracht. Aan de andere kant heeft de stichting nagelaten voldoende duidelijk en concreet te stellen waarom zij van mening is dat de kritiek in de rapporten evenzo opgaat voor het briefstemmen. De dagvaarding noch het onder 2.8 bedoelde document bevat op dit punt voldoende duidelijke en concrete informatie. Zo ontbreken bijvoorbeeld duidelijke verwijzingen naar passages in de overgelegde rapporten.

4.12. Ten derde heeft de stichting het bezwaar opgeworpen dat de afhankelijkheid van de – buitenlandse – drukker grote risico's meebrengt. Onder meer heeft de stichting hierbij aangevoerd dat het onwaarschijnlijk is dat werkelijk slechts twee personen toegang hebben tot de vertrouwelijke gegevens en dat onvoldoende is gegarandeerd dat de vertrouwelijke gegevens ook echt (en definitief) vernietigd worden. Het door de waterschappen overgelegde rapport over de vernietiging heeft een hoog ik-stond-erbij-en-ik-keek-ernaar-gehalte, aldus de stichting. De waterschappen hebben hiertegenover gesteld dat het gaat om een grote en professionele partij met veel ervaring op het gebied van digitale gegevensverwerking, dat in de praktijk van deze drukker inzage in vertrouwelijke gegevens door slechts twee personen wel degelijk mogelijk is en dat het evenzo wel degelijk mogelijk is dat de desbetreffende gegevensdragers onherstelbaar worden vernietigd.

4.13. De voorzieningenrechter is, gelet op het voorgaande, in elk geval niet zonder meer overtuigd geraakt van de onjuistheid of ongegrondheid van de bezwaren van de stichting. Er is ten minste aanleiding voor twijfel hierover. Aan de andere kant kan thans evenmin worden geconcludeerd dat in relevante mate aannemelijk is dat het door de waterschappen gehanteerde verkiezingssysteem onvoldoende waarborgen biedt voor het stemgeheim. Hetgeen de stichting heeft aangevoerd is vooralsnog onvoldoende overtuigend. Zo heeft de stichting de voorzieningenrechter er bijvoorbeeld niet in voldoende mate van weten te overtuigen dat de afhankelijkheid van de betrouwbaarheid en zorgvuldigheid van een buitenlandse drukker inderdaad een (te) groot risico in zich bergt.

4.14. De hiervoor weergegeven constatering is het gevolg van het feit dat diverse belangrijke (deel)kwesties nog niet voldoende zijn opgehelderd. De oorzaak hiervoor moet worden gezocht deels in de complexiteit van de zaak, in combinatie met de beperkingen van het kort geding en de korte termijn waarop een uitspraak nodig is. Deels ook spelen de (te) summiere (en soms zelfs schijnbaar onjuiste) onderbouwing van de verschillende stellingen en verweren alsmede het feit dat beide partijen nog (zeer) laat producties hebben ingebracht een rol (zie hiervoor onder 2.8). De oordeelsvorming over de vraag of het stemgeheim wel of niet enig reëel gevaar loopt, wordt door deze omstandigheden aanzienlijk gecompliceerd.

4.15. Intussen kan er zonder meer van worden uitgegaan dat toewijzing van de vordering(en) grote gevolgen zal hebben, die thans slechts gedeeltelijk kunnen worden overzien. De waterschapsverkiezingen die vanaf 13 november 2008 moeten plaatsvinden zullen moeten worden geannuleerd, hetgeen verstreckende organisatorische en financiële consequenties zal hebben. Volgens de waterschappen zullen pas over ten minste een half jaar nieuwe verkiezingen gehouden kunnen worden, terwijl de huidige waterschapsbesturen op 8 januari 2009 aftreden.

4.16. Mede gelet op de door de voorzieningenrechter te betrachten terughoudendheid, zoals onder 4.4 beschreven, leidt het voorgaande tot de slotsom dat er onvoldoende grond is voor toewijzing van het gevorderde.

4.17. De stichting zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt de stichting in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de waterschappen begroot op € 1.070,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 254,- aan griffierecht;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.F.M. Hofhuis en in het openbaar uitgesproken op 11 november 2008.

Raad van State 3 december 2008
Email Wob
LJN-nummer BG5897

Bestuursrecht, elektronische weg, informatieverzoek Wet openbaarheid van bestuur, email

Het betoog van appellant dat de indiening van een verzoek om toepassing van de Wob vormvrij is en dat daarom de Wob als lex specialis derogeert aan afdeling 2.3 van de Awb, slaagt niet. Ook voor elektronische verzoeken op grond van de Wob geldt dat een aan te zoeken bestuursorgaan de gelegenheid moet hebben dergelijke verzoeken eerst in behandeling te nemen indien het in staat is deze op een ordelijke en efficiënte wijze te behan-

delen met voldoende waarborgen voor de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van de uitgewisselde berichten. Het feit dat een op de Wob gebaseerd verzoek ook mondeling kan worden ingediend en de omstandigheid dat indiening via een e-mailbericht een snelle en praktische behandeling van een dergelijk verzoek zou kunnen bevorderen, doen daaraan niet af. Een bericht kan slechts langs elektronische weg bij een bestuursorgaan worden ingediend indien voldoende duidelijk is dat deze weg voor de desbetreffende berichtencategorie is opengesteld.

UITSPRAAK

200801696/1.

Datum uitspraak: 3 december 2008

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak in zaak nr. 07/2878 van de rechtbank Rotterdam van 8 februari 2008 in het geding tussen:

[appellant]

en

de korpsbeheerder van de politieregio Rotterdam-Rijnmond.

1. Procesverloop

Bij brief van 1 mei 2007 heeft de korpschef van de politieregio Rotterdam-Rijnmond (hierna: de korpschef) medegedeeld dat hij de elektronische weg niet uitdrukkelijk heeft opengesteld voor het indienen van informatieverzoeken in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) en dat dit betekent dat het door [appellant] bij e-mailbericht ingediende informatieverzoek niet in behandeling zal worden genomen.

Bij besluit van 18 juli 2007 heeft de korpsbeheerder van de politieregio Rotterdam-Rijnmond (hierna: de korpsbeheerder) het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard.

Bij uitspraak van 8 februari 2008, verzonden op 12 februari 2008, heeft de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) het door [appellant] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 10 maart 2008, hoger beroep ingesteld.

De korpsbeheerder heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 oktober 2008, waar [appellant], vertegenwoordigd door mr. H. van Drunen, juridisch adviseur te Utrecht, is verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) wordt onder besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Ingevolge artikel 2:13, eerste lid, kan in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen een bericht elektronisch worden verzonden, mits de bepalingen van afdeling 2.3 in acht worden genomen.

Ingevolge artikel 2:15, eerste lid, dat deel uitmaakt van afdeling 2.3, kan een bericht elektronisch naar een bestuursorgaan worden verzonden voor zover het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat deze weg is geopend. Het bestuursorgaan kan nadere eisen stellen aan het gebruik van de elektronische weg.

Ingevolge artikel 7:1, eerste lid, dient degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit bezwaar te maken.

Ingevolge artikel 8:1, eerste lid, kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank.

Ingevolge artikel 8:4, aanhef en onder k, kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een weigering op grond van artikel 2:15.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Wob kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Ingevolge artikel 5, tweede lid, vindt een gehele of gedeeltelijke afwijzing van een schriftelijk verzoek om informatie schriftelijk plaats. In geval van een mondeling verzoek vindt een afwijzing schriftelijk plaats, indien de verzoeker daarom vraagt. De verzoeker wordt op deze mogelijkheid gewezen.

2.2. In zijn verweerschrift stelt de korpsbeheerder dat [appellant] geen belang heeft bij het hoger beroep, omdat hij via zijn gemachtigde, die op persoonlijke titel een op de Wob gebaseerd verzoek heeft ingediend, inmiddels in het bezit van de door hem gevraagde stukken is gekomen. Dienaangaande overweegt de Afdeling dat [appellant], reeds omdat hij in zijn bezwaarschrift heeft verzocht om vergoeding van de door hem in verband met de behandeling van het bezwaar gemaakte proceskosten, belang heeft bij een beoordeling van het door hem ingestelde hoger beroep. Daar komt bij dat [appellant] ter zitting heeft betwist dat de korpsbeheerder aan het op persoonlijke titel door zijn gemachtigde ingediende verzoek heeft voldaan.

2.3. [appellant] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de korpsbeheerder het bezwaar tegen de brief van 1 mei 2007, voor zover daarbij zijn op de Wob gebaseerde verzoek op grond van artikel 2:15, eerste lid, van de Awb is geweigerd, ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Hij voert daartoe aan dat, gelet op artikel 5 van de Wob en de geschiedenis van de totstandkoming van deze wet, het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob vormvrij is. Volgens [appellant] vormt de Wob daarmee een lex specialis ten opzichte van de in afdeling 2.3 van de Awb neergelegde regels betreffende de wijze van indiening van een aanvraag.

Volgens [appellant] heeft de rechtbank tevens miskend dat de korpschef wel degelijk de elektronische weg in de zin van artikel 2:15, eerste lid, van de Awb heeft geopend voor het indienen van op de Wob gebaseerde verzoeken. [appellant] wijst er in dat verband op dat hij zijn verzoek door middel van een op de website van de politieregio Rotterdam-Rijnmond geplaatst formulier heeft ingediend, dat voor het publiek bedoeld was om vragen te stellen en waaraan het e-mailadres info@rijnmond.politie.nl was verbonden.

2.3.1. Het betoog van [appellant] dat de indiening van een verzoek om toepassing van de Wob vormvrij is en dat daarom de Wob als lex specialis derogeert aan afdeling 2.3 van de Awb, slaagt niet. Ook voor elektronische verzoeken op grond van de Wob geldt dat een aan te zoeken bestuursorgaan de gelegenheid moet hebben dergelijke verzoeken eerst in behandeling te nemen indien het in staat is deze op een ordelijke en efficiënte wijze te behandelen met voldoende waarborgen voor de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van de uitgewisselde berichten. Het feit dat een op de Wob gebaseerd verzoek ook mondeling kan worden ingediend en de omstandigheid dat indiening via een e-mailbericht een snelle en praktische behandeling van een dergelijk verzoek zou kunnen bevorderen, doen daar aan niet af.

2.3.2. Anders dan [appellant] betoogt, vloeit uit het feit dat op de website van een bestuursorgaan aan het publiek de gelegenheid wordt geboden om vragen te stellen door het invullen van een formulier, op zichzelf niet voort dat de elektronische weg is geopend voor het indienen van verzoeken als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer (Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, blz. 12 en 13), waarbij afdeling 2.3 van de Awb is ingevoerd, kan een bestuursorgaan voor zover het dat wenselijk acht de elektronische weg openen voor een of meer categorieën van berichten, opdat het zijn organisatie en werkprocessen vooraf afdoende gereed kan maken voor het afhandelen van elektronisch ingediende berichten van de desbetreffende categorie. Daarbij is differentiatie mogelijk. Hieruit volgt dat een bericht slechts langs elektronische weg bij een bestuursorgaan kan worden ingediend indien voldoende duidelijk is dat deze weg voor de desbetreffende berichtencategorie is opengesteld. Uit het feit dat aan het op de website van de politieregio Rotterdam-Rijnmond geplaatste vragenformulier het e-mailadres info@rijnmond.politie.nl was verbonden, kan, gelet op het algemene karakter van het formulier en het e-mailadres, niet worden afgeleid dat dit formulier behalve

voor het stellen van publieksvragen ook voor het indienen van verzoeken als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob was bestemd.

2.3.3. De bij de brief van 1 mei 2007 gedane mededeling op grond van artikel 2:15, eerste lid, van de Awb dat de elektronische weg niet uitdrukkelijk is opengesteld voor het indienen van op de Wob gebaseerde verzoeken is geen besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen ingevolge art. 8:1, eerste lid, van die wet bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Het gaat hier om een mededeling van feitelijke aard. De tevens gedane mededeling dat het informatieverzoek niet in behandeling zal worden genomen draagt geen ander karakter, omdat uit het gegeven dat een verzoek niet langs elektronische weg kan worden ingediend, voortvloeit dat een langs die weg ingediend verzoek niet voor behandeling in aanmerking kan komen. Overigens zou ook indien deze mededeling als een besluit inhoudende een weigering op grond van artikel 2:15, eerste lid, van de Awb wordt opgevat, daartegen evenmin bezwaar en beroep openstaan, gelet op het bepaalde in artikel 8:4, aanhef en onder k, van de Awb.

2.3.4. De rechtbank heeft dan ook met juistheid geoordeeld dat de korpsbeheerder het bezwaar van [appellant] tegen de brief van 1 mei 2007 terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

2.4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:
bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. W. van den Brink, voorzitter, en mr. S.F.M. Wortmann en mr. C.J.M. Schuyt, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.F.N. Pikart-van den Berg, ambtenaar van Staat.

w.g. Van den Brink w.g. Pikart-van den Berg
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 3 december 2008.

Voorzieningenrechter Utrecht 10 december 2008

Wikipedia

LJN-nummer BG6388

**Onrechtmatige uiting, Wikipedia, tussenpersoon, moderator,
zeggenschap, afgifte NAW-gegevens**

Op Wikipedia is artikel verschenen, geschreven door X, over eiser, dat volgens eiser onrechtmatig is. Eiser vordert verwijdering van het artikel en afgifte van NAW-gegevens van X. Eiser heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Wikimedia Nederland c.s. zeggenschap heeft over de beschikbaarstelling en de inhoud van de Nederlandse versie van Wikipedia. Ook is niet voldoende aannemelijk geworden dat Wikimedia Nederland c.s. zelfstandig tot verwijdering van het artikel in staat is danwel invloed kan uitoefenen op verwijdering van het artikel door Wikimedia Foundation of een ander verantwoordelijke. Nu Wikimedia Nederland c.s. heeft betwist in het bezit te zijn van de personalia van X en tevens niet aannemelijk is geworden dat Wikimedia Nederland c.s. invloed heeft op de Nederlandse versie van Wikipedia in het algemeen en op de registratie van de moderatoren in het bijzonder, is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Wikimedia Nederland c.s. wel over de gegevens van X beschikt.

UITSPRAAK

VONNIS

RECHTBANK UTRECHT

Sector handels- en familierecht

zaaknummer / rolnummer: 257718 / KG ZA 08-1118

Vonnis in kort geding van 10 december 2008

in de zaak van

[eiser],
wonende te Wassenaar,
eiser,
advocaat mr. D.G. Lasschuit,

tegen

1. de vereniging
VERENIGING WIKIMEDIA NEDERLAND,
gevestigd te Utrecht,

702

2. de stichting
STICHTING WIKIMEDIA NEDERLAND,
gevestigd te Waalre,
gedaagden,
advocaten mr. H. Struik en mr. M. Briët.

Eiser zal hierna [eiser] worden genoemd. Gedaagden zullen gezamenlijk Wikimedia Nederland c.s. worden genoemd. Gedaagde sub 1 zal Vereniging Wikimedia Nederland worden genoemd en gedaagde sub 2 zal Stichting Wikimedia Nederland worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 11 november 2008,
- de bij brief van 13 november 2008 toegezonden producties 1 tot en met 13 van [eiser],
- akte overlegging producties 1 tot en met 6 en wijziging van eis van 20 november 2008 van [eiser],
- de bij brief van 24 november 2008 toegezonden productie 7 van [eiser],
- de bij brief van 21 november 2008 toegezonden producties 1 tot en met 11 van Wikimedia Nederland c.s.,
- de bij brief van 21 november 2008 toegezonden producties 12 en 13 van Wikimedia Nederland c.s.,
- de bij brief van 23 november 2008 toegezonden productie 14 van Wikimedia Nederland c.s.,
- de bij brief van 25 november 2008 toegezonden producties 15 en 16 van Wikimedia Nederland c.s.,
- de mondelinge behandeling van 25 november 2008,
- de pleitnota van [eiser],
- de pleitnota van Wikimedia Nederland c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Wikipedia is een gemeenschapsproject met als doel om in elke taal een complete encyclopedie op het internet te creëren. Ieder persoon kan een bijdrage toevoegen aan Wikipedia of een bestaande tekst aanvullen of corrigeren.

2.2. Op het internet is een Nederlandse versie van Wikipedia actief.

2.3. Wikipedia is een project van Wikimedia Foundation welke organisatie is opgericht naar het recht van de staat Florida in de Verenigde Staten.

2.4. Wikimedia Foundation wordt ondersteund door lokale “chapters”. Vereniging Wikimedia Nederland is de Nederlandse “chapter” van Wikimedia Foundation.

2.5. Omstreeks april 2008 is op de website van Wikipedia een artikel over [eiser] (hierna het artikel) verschenen welk artikel is geschreven door een zekere [X].

2.6. [X] is een zogenoemde moderator. Dit is een geregistreerde gebruiker die extra bevoegdheden heeft ten opzichte van een gewone gebruiker van Wikipedia waaronder het kunnen verwijderen van een pagina of een bepaalde versie daarvan.

2.7. Het artikel is op 31 augustus 2008 door [X] gewijzigd.

2.8. [eiser] heeft op 5 september 2008 een brief gestuurd aan Wikimedia Nederland c.s. waarin hij haar aansprakelijk heeft gesteld voor de door hem geleden schade wegens de, naar hij stelt, onrechtmatigheid van passages uit het artikel. [eiser] heeft (onder meer) verwijdering van het artikel en bekendmaking van de personalia van [X] gevorderd. Hieraan heeft Wikimedia Nederland c.s. geen gevolg gegeven.

2.9. Op 8 en 9 september 2008 heeft [X] enige wijzigingen in het artikel aangebracht.

2.10. Bij brief van 29 september 2008 heeft [eiser] Wikimedia Nederland c.s. nogmaals gesommeerd de personalia van [X] bekend te maken waaraan niet is voldaan.

3. Het geschil

3.1. [eiser] vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:
primair

- A. veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. om het artikel over [eiser] binnen 3 dagen na betekening van het vonnis van Wikipedia te verwijderen en verwijderd te houden;
 - B. veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. om binnen 3 dagen na betekening van het vonnis de personalia van auteur [X] bekend te maken;
 - C. het onder A en B gevorderde op verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Wikimedia Nederland c.s. in gebreke blijft aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen;
 - D. veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. in de proceskosten;
- subsidiair

- A. veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. tot verwijdering van de link van de Nederlandstalige Wikipedia (www.wikipedia.nl) naar nl.wikipedia.org;
- B. veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. in de proceskosten.

3.2. Wikimedia Nederland c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. [eiser] baseert zijn vordering op de stelling dat het artikel over hem niet alleen tal van onjuistheden bevat maar dat de daar gedane beweringen hemzelf en zijn gezin onnodig grieven en onrechtmatig zijn. [eiser] stelt hierdoor schade te hebben geleden. Hij wenst aangifte te doen tegen de auteur [X] wegens smaad-schrift en hem tevens aansprakelijk te stellen voor de door hem geleden schade omdat [X] volgens [eiser] onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door dit artikel te schrijven. Hiervoor heeft hij de persoonsgegevens nodig van deze [X]. Deze gegevens moeten naar de mening van [eiser] bij Wikimedia Nederland c.s. bekend zijn. Dit blijkt volgens [eiser] onder meer uit het feit dat hij op 5 september 2008 een brief heeft gestuurd naar Wikimedia Nederland c.s. waarin werd verzocht het artikel te verwijderen en zeer kort daarna, op 8 en 9 september 2008, het artikel door [X] is aangepast waarbij stellingen werden afgezwakt en verwijderd.

4.2. Daarnaast is [eiser] van mening dat ook Wikimedia Nederland c.s. onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Zij biedt immers een platform voor derden om daarop hun artikelen te plaatsen en heeft daarop invloed. Zij dient er voor te waken dat geen onjuiste en onnodig grievende artikelen over personen op de site worden geplaatst. Als dit toch gebeurt, dient Wikimedia Nederland c.s. direct in te grijpen hetgeen in casu tot nu toe niet is gebeurd. Naar de mening van [eiser] benoemt Wikimedia Nederland c.s. de moderators, stelt zij richtlijnen op en heeft zij de uiteindelijke verantwoordelijkheid over de Nederlandstalige artikelen. Hieruit dient dan ook te worden afgeleid dat het wel degelijk Wikimedia Nederland c.s. is die verantwoordelijk is voor de Nederlandse activiteiten. Zij geeft naar de mening van [eiser] feitelijk leiding aan de gewraakte activiteiten. Volgens [eiser] krijgen de moderators hun extra bevoegdheden van Wikimedia Nederland c.s. en bewerkstelligen zij dat [X] niet zijn IP-adres hoeft te noemen terwijl dat bij gewone gebruikers wel is vereist. Op grond van het voorgaande vordert [eiser] van Wikimedia Nederland c.s. verwijdering en het verwijderd houden van het artikel van Wikipedia. Voorzover Wikimedia Nederland c.s. niet bij machte is het artikel te verwijderen, dient volgens [eiser] de link van de Nederlandse Wikipedia met de Amerikaanse moeder te worden doorgesneden tot het moment waarop de werkelijk verantwoordelijke het artikel heeft verwijderd.

4.3. Wikimedia Nederland c.s. betwist een rol te spelen bij het maken van de inhoud of het aanbieden van Wikipedia zodat zij daarvoor naar haar mening niet aansprakelijk kan worden gesteld. Het is Wikimedia Foundation die volgens Wikimedia Nederland c.s. de inhoud van Wikipedia voor raadpleging via het internet beschikbaar stelt en houdt. De internetgebruiker maakt namelijk contact met de servers van Wikimedia Foundation. Wie www.wikipedia.nl intikt als internet-

adres, wordt automatisch doorgeleid naar www.wikipedia.org. Wikimedia Foundation is houdster van beide domeinnamen.

Vereniging Wikimedia Nederland is volgens haar een onafhankelijke organisatie die ondersteunende activiteiten voor Wikimedia Foundation verricht zoals het organiseren van lokale bijeenkomsten en projecten. Zij is te beschouwen als een soort fanclub en speelt naar eigen zeggen geen enkele rol bij de aanmelding en registratie van gebruikers en heeft geen zeggenschap over wat er op Wikipedia staat. Dit loopt volgens haar allemaal via Wikimedia Foundation. Vereniging Wikimedia Nederland is dan ook niet bij machte het artikel te verwijderen zoals door [eiser] wordt gevorderd. Stichting Wikimedia Nederland is dat evenmin en leidt bovendien een slapend bestaan.

4.4. Volgens Wikimedia Nederland c.s. kan een gebruiker zich weliswaar registreren maar het opgeven van persoonsgegevens is daarbij niet vereist. Deze aanmeldingen geschieden altijd via Wikimedia Foundation. Wikimedia Nederland c.s. heeft geen informatie over de identiteit van de gebruikers. Tevens stelt zij geen invloed te hebben op degenen die waken over de inhoud van artikelen op Wikipedia, de zogenoemde moderatoren. Een moderator heeft de beschikking over extra mogelijkheden en krijgt zijn technische bevoegdheden daartoe volgens Wikimedia Nederland c.s. van Wikimedia Foundation. De moderatoren worden benoemd door de zogenoemde Nederlandse Wikipedia-gemeenschap en niet door Wikimedia Nederland c.s. waarbij wordt verwezen naar de daarvoor door de gemeenschap opgestelde regelingen. Volgens Wikimedia Nederland c.s. beschikt zij ten aanzien van de Wikipedia-gebruikers (waaronder [X]) niet over enig ander gegeven dan hetgeen iedereen op de Wikipedia website kan waarnemen waardoor zij aan de vordering tot bekendmaking van de personalia van [X] niet kan voldoen.

4.5. Nog daargelaten wat van de gestelde onrechtmatigheid van passages uit het artikel zij, de voorzieningenrechter is van oordeel dat [eiser], in het licht van de gemotiveerde betwisting van Wikimedia Nederland c.s., onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Wikimedia Nederland c.s. zeggenschap heeft over de beschikbaarstelling en de inhoud van de Nederlandse versie van Wikipedia. Niet alleen blijkt uit de statuten van Wikimedia Nederland c.s. het tegendeel, ook uit de feitelijke gang van zaken valt dit standpunt niet zonder meer af te leiden. Daar komt bij dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet is gebleken van een gezagsstructuur tussen Wikimedia Foundation en Wikimedia Nederland c.s. hetgeen bij het standpunt van Wikimedia Nederland c.s. aansluit. Uit vorenomschrevene volgt dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat Wikimedia Nederland c.s. zelfstandig tot verwijdering van het artikel in staat is danwel invloed kan uitoefenen op verwijdering van het artikel door Wikimedia Foundation of een ander verantwoordelijke zodat dit gedeelte van de vordering zal worden afgewezen.

4.6. Nu Wikimedia Nederland c.s. heeft betwist in het bezit te zijn van de personalia van [X] en tevens niet aannemelijk is geworden dat Wikimedia Nederland c.s. invloed heeft op de Nederlandse versie van Wikipedia in het algemeen en op de registratie van de moderatoren in het bijzonder, is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Wikimedia Nederland c.s. wel over de gegevens van [X] beschikt. Hieruit volgt dat dit gedeelte van de vordering eveneens zal worden afgewezen.

4.7. Nu de primaire vorderingen onder A en B zullen worden afgewezen, ontbreekt een grond voor het opleggen van een dwangsom alsmede tot veroordeling van Wikimedia Nederland c.s. in de proceskosten zodat ook het primair onder C en D gevorderde zal worden afgewezen. Uit het vorenoverwogene volgt tevens dat niet is gebleken dat Wikimedia Nederland c.s. in staat is de link van de Nederlandse Wikipedia naar de Amerikaanse www.wikipedia.org door te snijden tot het moment waarop het artikel wordt verwijderd zodat ook het subsidiair gevorderde zal worden afgewezen.

4.8. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Wikimedia Nederland c.s. worden begroot op:

– vast recht	€ 254,-
– salaris advocaat	€ 816,-
Totaal	€ 1.070,-

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van Wikimedia Nederland c.s. tot op heden begroot op € 1.070,-.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Schepen en in het openbaar uitgesproken op 10 december 2008.

HvJEG 16 december 2008
Markkinapörssi
C-73/07

Privacy, verwerking van persoonsgegevens, openbare gegevens, journalistieke doeleinden, art. 3, lid 1, van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, reikwijdte richtlijn 95/46/EG

Markkinapörssi vergaart al jaren bij de Finse belastingautoriteiten openbare gegevens, met als doel elk jaar uittreksels uit die gegevens te publiceren in de regionale edities van de krant Veropörssi. In antwoord op prejudiciële vragen verklaart het Hof van Justitie voor recht:

1) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 95/46/EG moet aldus worden uitgelegd dat, wanneer gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal en over het vermogen van natuurlijke personen:

– op basis van openbare documenten van overheidsinstanties worden verzameld en met het oog op openbaarmaking bewerkt,

– in alfabetische volgorde en naar inkomenscategorie, in de vorm van uitvoerige, per gemeente gerangschikte lijsten als drukwerk openbaar worden gemaakt,

– op een cd-rom ter verwerking voor commerciële doeleinden worden verstrekt,

– in het kader van een sms-dienst worden gebruikt, waarbij gebruikers van een mobiele telefoon na verzending van een sms met de naam en de woonplaats van een bepaalde persoon naar een bepaald nummer, als antwoord gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal van deze persoon alsook over zijn vermogen kunnen verkrijgen,

dit moet worden beschouwd als „verwerking van persoonsgegevens” in de zin van deze bepaling.

2) Artikel 9 van richtlijn 95/46 moet aldus worden uitgelegd dat de bedoelde activiteiten, die betrekking hebben op gegevens afkomstig uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn, moeten worden beschouwd als verwerking van persoonsgegevens „uitsluitend voor journalistieke doeleinden” in de zin van die bepaling, indien die verwerking als enig doel heeft de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is.

3) De verwerking van persoonsgegevens als hiervoor bedoeld, betreffende bestanden van de overheid met persoonsgegevens die enkel informatie bevatten welke reeds als zodanig is gepubliceerd in de media, valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 95/46.

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

16 december 2008 (*)

„Richtlijn 95/46/EG – Werkingssfeer – Verwerking en verspreiding van persoonlijke belastinggegevens – Bescherming van natuurlijke personen – Vrijheid van meningsuiting”

In zaak C-73/07,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Korkein hallinto-oikeus (Finland) bij beslissing van 8 februari 2007, ingekomen bij het Hof op 12 februari 2007, in de procedure

Tietosuojavaltuutettu

tegen

Satakunnan Markkinapörssi Oy,

Satamedia Oy,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts en A. Ó Caoimh, kamerpresidenten, P. Kuris, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Klucka, U. Lohmus en E. Levits (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 februari 2008,

gelet op de opmerkingen van:

- Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy, vertegenwoordigd door P. Vainio, asianajaja,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door J. Heliskoski, lakimies,
- de Estse regering, vertegenwoordigd door L. Uiho als gemachtigde,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. I. Fernandes en C. Vieira Guerra als gemachtigden,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk en K. Petkovska als gemachtigden,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C. Docksey en P. Aalto als gemachtigden,
gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 mei 2008,
het navolgende

ARREST

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281, blz. 31; hierna: „richtlijn”).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen de tietosuojavaltuutettu (Finse autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens) en de tietosuojalautakunta (commissie gegevensbescherming) inzake de verwerking van persoonsgegevens door de vennootschappen Satakunnan Markkinapörssi Oy (hierna: „Markkinapörssi”) en Satamedia Oy (hierna: „Satamedia”).

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3. Blijkens artikel 1, lid 1, beoogt de richtlijn de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, met name van hun persoonlijke levenssfeer, in verband met de verwerking van persoonsgegevens.

4. Artikel 1, lid 2, van de richtlijn bepaalt:

„De lidstaten mogen het vrije verkeer van persoonsgegevens tussen lidstaten beperken noch verbieden om redenen die met de uit hoofde van lid 1 gewaarborgde bescherming verband houden.”

5. Artikel 2 van de richtlijn, „Definities”, bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚persoonsgegevens’, iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, hierna ‚betrokkene’ te noemen; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van een of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit;
- b) ‚verwerking van persoonsgegevens’, hierna ‚verwerking’ te noemen, elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procedés, zoals

het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens;

c) ‚bestand van persoonsgegevens’, hierna ‚bestand’ te noemen, elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze; [...]

6. Artikel 3 omschrijft de werkingssfeer van de richtlijn als volgt:

„1. De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede op de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.

2. De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens:

- die met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten geschiedt zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie en in ieder geval verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat (waaronder de economie van de staat, wanneer deze verwerkingen in verband staan met vraagstukken van staatsveiligheid), en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied,
- die door een natuurlijk persoon in activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden wordt verricht.”

7. De verhouding tussen de bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting is geregeld in artikel 9 van de richtlijn, „Verwerking van persoonsgegevens en vrijheid van meningsuiting”, en wel als volgt:

„De lidstaten voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke of voor artistieke of literaire doeleinden in uitzonderingen op en afwijkingen van de bepalingen van dit hoofdstuk en van de hoofdstukken IV en VI uitsluitend voor zover deze nodig blijken om het recht op persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.”

8. In dit verband is in punt 37 van de considerans van de richtlijn overwogen:

„(37) [...] dat voor de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke, artistieke of literaire, en met name audiovisuele, doeleinden moet worden voorzien in uitzonderingen op of beperkingen van bepalingen van deze richt-

lijn, voor zover deze noodzakelijk zijn om de fundamentele rechten van de persoon te verzoenen met de vrijheid van meningsuiting, inzonderheid de vrijheid om inlichtingen te ontvangen of te verstrekken, zoals die met name bij artikel 10 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wordt gewaarborgd; dat het derhalve de taak van de lidstaten is om in het kader van de afweging tussen fundamentele rechten de noodzakelijke uitzonderingen en beperkingen vast te stellen ten aanzien van de algemene maatregelen inzake de rechtmatigheid van de gegevensverwerking, de overdracht van gegevens naar derde landen alsmede de bevoegdheden van de controlerende instanties; dat zulks evenwel de lidstaten er niet toe mag bewegen te voorzien in uitzonderingen op de maatregelen om de beveiliging van de verwerking te garanderen; dat ten minste aan de op dit gebied bevoegde toezichthoudende instantie tevens bepaalde bevoegdheden a posteriori moeten worden verleend, zoals het op gezette tijden indienen van een verslag of het in rechte optreden”.

9. Artikel 13 van de richtlijn, „Uitzonderingen en beperkingen”, bepaalt:

„1. De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in artikel 6, lid 1, artikel 10, artikel 11, lid 1, artikel 12 en artikel 21 bedoelde rechten en plichten indien dit noodzakelijk is ter vrijwaring van:

a) de veiligheid van de staat;
[...]”

10. Artikel 17, „Beveiliging van de verwerking”, luidt:

„1. De lidstaten bepalen dat de voor de verwerking verantwoordelijke passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer dient te leggen om persoonsgegevens te beveiligen tegen vernietiging, hetzij per ongeluk, hetzij onrechtmatig, tegen verlies, vervalsing, niet-toegelaten verspreiding of toegang, met name wanneer de verwerking doorzending van gegevens in een netwerk omvat, dan wel tegen enige andere vorm van onwettige verwerking. Deze maatregelen moeten, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau garanderen gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich brengen.

2. De lidstaten bepalen dat de voor de verwerking verantwoordelijke, in geval van verwerking te zijnen behoeve, een verwerker moet kiezen die voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen met betrekking tot de te verrichten verwerking en moet toezien op de naleving van die maatregelen.

[...]”

Nationale regeling

11. § 10, lid 1, van de Finse grondwet [perustuslaki (731/1999)] van 11 juni 1999 bepaalt:

„De persoonlijke levenssfeer, de eer en de onschendbaarheid van de woning van eenieder zijn gegarandeerd. De bescherming van persoonsgegevens wordt bij wet nader geregeld.”

12. § 12 van de Finse grondwet luidt:

„Eenieder heeft vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting omvat het recht, zonder voorafgaande beperking informatie, meningen en andere boodschappen weer te geven, openbaar te maken en te ontvangen. Nadere bepalingen betreffende de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting worden bij wet vastgesteld. [...]

Documenten en andere gegevensbestanden in het bezit van overheidsinstanties, zijn openbaar voor zover de openbaarheid ervan niet om dwingende redenen bij wet speciaal beperkt is. Eenieder heeft het recht uit openbare documenten en registraties informatie over te nemen.”

13. De wet inzake persoonsgegevens [henkilötietolaki (523/1999)] van 22 april 1999, waarbij de richtlijn is omgezet in Fins recht, is van toepassing op de verwerking van deze gegevens (§ 2, lid 1), behalve op bestanden die enkel informatie bevatten die als zodanig in de media is gepubliceerd (§ 2, lid 4). De wet is slechts gedeeltelijk van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens voor redactionele, artistieke of literaire doeleinden (§ 2, lid 5).

14. § 32 van de wet inzake persoonsgegevens bepaalt dat degene die voor de bestanden verantwoordelijk is, de vereiste technische en organisatorische maatregelen moet nemen om de persoonsgegevens te beschermen tegen onbevoegde toegang tot die gegevens, vernietiging, wijziging, verstrekking of overdracht, hetzij per ongeluk, hetzij onrechtmatig, of andere onrechtmatige verwerking van deze gegevens.

15. De wet inzake de openbaarheid van overheidshandelingen [laki viranomais-ten toiminnan julkisuudesta (621/1999)] van 21 mei 1999 stelt eveneens regels voor de toegang tot informatie.

16. Volgens § 1, lid 1, van de wet inzake de openbaarheid van overheidshandelingen is de algemene regel dat de documenten waarop deze wet betrekking heeft, openbaar zijn.

17. § 9 van deze wet bepaalt dat eenieder het recht heeft, kennis te nemen van een openbaar document van de overheid.

18. § 16, lid 1, van deze wet definieert de voorwaarden voor toegang tot een dergelijk document. Deze bepaling schrijft voor dat overheidsinstanties de inhoud van het document mondeling meedelen of het ter inzage leggen in hun kantoren, waar het kan worden ingezien en gekopieerd, beluisterd of overhandigd in de vorm van een gedrukt exemplaar.

19. In lid 3 zijn de voorwaarden vastgelegd waaronder de gegevens uit een bestand van persoonsgegevens van een overheidsinstantie mogen worden doorgegeven:

„Een kopie of een gedrukt afschrift met persoonsgegevens op naam afkomstig van een overheidsinstantie kan worden verstrekt, behoudens indien bij wet anders is bepaald, wanneer de ontvanger overeenkomstig de bepalingen betreffende de bescherming van persoonsgegevens bevoegd is tot het opslaan en de verwerking van deze gegevens. Voor direct-marketing en voor opiniepeilingen alsook voor marktonderzoeken mogen persoonsgegevens echter enkel worden doorgegeven wanneer dit specifiek is bepaald of wanneer de betrokkene uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven.”

20. De verwijzende rechter merkt op dat de wet op de openbaarheid en geheimhouding van belastinggegevens [laki verotustietojen julkisuudesta ja salassapidosta (1346/1999)] van 30 december 1999 voorrang heeft op de wet inzake persoonsgegevens en de wet inzake de openbaarheid van overheidshandelingen.

21. Volgens § 2 van deze wet zijn de bepalingen van de wet inzake de openbaarheid van overheidshandelingen en de wet inzake persoonsgegevens van toepassing op belastingdocumenten en -gegevens, tenzij bij wet anders is bepaald.

22. § 3 van deze wet luidt:

„Belastinggegevens zijn openbaar volgens de in deze wet vastgelegde regels. Eenieder heeft het recht, kennis te nemen van openbare belastingdocumenten die in het bezit zijn van de belastingdienst, volgens de in de wet inzake de openbaarheid van overheidshandelingen vastgestelde regels, behoudens de in die wet neergelegde uitzonderingen.”

23. Volgens § 5, lid 1, van deze wet zijn bij de jaarlijks op te leggen aanslag inkomstenbelasting de naam van de belastingplichtige, zijn geboortejaar en zijn woonplaats openbare gegevens. Eveneens openbaar is de volgende informatie:

1. het voor de nationale belasting belastbare inkomen uit arbeid;
2. het voor de nationale belasting belastbare inkomen uit kapitaal en vermogen;
3. het voor de gemeentelijke belasting belastbare inkomen;
4. de inkomsten- en vermogensbelasting, evenals het totale bedrag van de

vastgestelde belastingen en heffingen.
[...]"

24. Ten slotte wordt in hoofdstuk 24, artikel 8, van het wetboek van strafrecht (rikoslaki, in de versie van wet 531/2000) de openbaarmaking van informatie die inbreuk maakt op het privéleven, strafbaar gesteld. Strafbaar is onder meer het onder een groot publiek via de media of met andere middelen verspreiden van informatie, insinuaties of afbeeldingen betreffende het privéleven van een ander, in omstandigheden die de benadeelde schade of leed kunnen toebrengen of hem in diskrediet kunnen brengen.

Hoofddeding en prejudiciële vragen

25. Markkinapörssi vergaart al jaren bij de Finse belastingautoriteiten openbare gegevens, met als doel elk jaar uittreksels uit die gegevens te publiceren in de regionale edities van de krant Veropörssi.

26. De informatie in die publicaties omvat de voor- en achternaam van ongeveer 1,2 miljoen natuurlijke personen met een inkomen boven een bepaald bedrag, alsmede op € 100,- nauwkeurig de hoogte van hun inkomen uit kapitaal en arbeid en gegevens over hun vermogensbelasting. Deze informatie wordt meegedeeld in de vorm van een alfabetische lijst per gemeente en per inkomenscategorie.

27. Volgens de verwijzingsbeslissing verklaart Markkinapörssi dat de gepubliceerde persoonsgegevens desverzocht kosteloos uit de krant Veropörssi kunnen worden verwijderd.

28. De krant bevat weliswaar ook artikelen, samenvattingen en advertenties, maar het belangrijkste doel ervan is het publiceren van persoonlijke belastinggegevens.

29. Markkinapörssi heeft de in Veropörssi gepubliceerde persoonsgegevens op cd-rom verstrekt aan Satamedia, dat tot hetzelfde concern behoort, voor verspreiding per sms. Daartoe hebben de twee vennootschappen een overeenkomst gesloten met een mobiele telefoonbedrijf, dat voor rekening van Satamedia een sms-dienst heeft opgezet waarmee de gebruikers van een mobiele telefoon tegen betaling van ongeveer € 2,- op hun toestel een sms kunnen ontvangen met de in Veropörssi gepubliceerde informatie. Desverzocht worden de persoonsgegevens uit deze dienst verwijderd.

30. De tietosuojavaluutettu en de tietosuoja-autakunta, de Finse instanties belast met de gegevensbescherming, zien toe op de verwerking van persoonsgegevens en zijn beslissingsbevoegd onder de in de wet inzake persoonsgegevens gestelde voorwaarden.

31. Na klachten van particulieren over schending van hun privéleven verzocht de tietosuojavaltuutettu die belast was met het onderzoek naar de activiteiten van Markkinapörssi en Satamedia op 10 maart 2004 aan de tietosuojalautakunta, deze bedrijven te verbieden voort te gaan met deze verwerking van persoonsgegevens.

32. Toen de tietosuojalautakunta dit weigerde, stelde de tietosuojavaltuutettu beroep in bij de Helsingin hallinto-oikeus (administratieve rechtbank te Helsinki), dat het beroep eveneens verwierp. Daarop stelde de tietosuojavaltuutettu hoger beroep in bij de Korkein hallinto-oikeus.

33. De verwijzende rechter vestigt er de aandacht op dat het hoger beroep van de tietosuojavaltuutettu niet de verstrekking van informatie door de Finse autoriteiten betreft. Ook wijst hij erop dat niet in geschil is dat de in geding zijnde belastinggegevens openbaar zijn. De verwijzende rechter heeft echter zijn twijfel over de verdere verwerking van de gegevens.

34. Hij heeft daarop de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is er sprake van verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 3, lid 1, van [de] richtlijn [...], wanneer gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal en over het vermogen van natuurlijke personen:

- a) op basis van openbare documenten van overheidsinstanties worden verzameld en met het oog op openbaarmaking bewerkt,
- b) in alfabetische volgorde en naar inkomenscategorie, in de vorm van uitvoerige, per gemeente gerangschikte lijsten als drukwerk openbaar worden gemaakt,
- c) op een cd-rom ter verwerking voor commerciële doeleinden worden verstrekt,
- d) in het kader van een sms-dienst worden gebruikt, waarbij gebruikers van een mobiele telefoon na verzending van een sms met de naam en de woonplaats van een bepaalde persoon naar een bepaald nummer, als antwoord gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal van deze persoon alsook over zijn vermogen kunnen verkrijgen?

2) Moet [de] richtlijn [...] aldus worden uitgelegd dat de verschillende hierboven sub a tot en met d genoemde activiteiten als verwerking van persoonsgegevens uitsluitend voor journalistieke doeleinden in de zin van artikel 9 van de richtlijn kunnen worden beschouwd, wanneer in aanmerking wordt genomen dat gegevens van meer dan een miljoen belastingplichtigen worden verzameld op basis van gegevens die openbaar zijn krachtens de nationale wettelijke bepalingen betreffende de openbaarheid? Is het voor de beoordeling van het geschil van belang dat het hoofddoel van deze activiteit de openbaarmaking van genoemde gegevens is?

3) Moet artikel 17 van [de] richtlijn [...] in samenhang met de beginselen en de doeleinden van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen

de openbaarmaking van gegevens die voor journalistieke doeleinden zijn verzameld, en tegen de verspreiding daarvan ten behoeve van verwerking voor commerciële doeleinden?

4) Kan [de] richtlijn [...] aldus worden uitgelegd dat bestanden van persoonsgegevens die enkel informatie bevatten die reeds als zodanig in de media openbaar is gemaakt, hoe dan ook niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag

35. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de in deze vraag bedoelde gegevens, die bestaan uit de voor- en achternaam van bepaalde natuurlijke personen met een inkomen boven een bepaald bedrag, alsmede onder meer op € 100,- nauwkeurig de hoogte van hun inkomen uit arbeid en kapitaal, persoonsgegevens zijn in de zin van artikel 2, sub a, van de richtlijn, aangezien het gaat om „informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon” (zie ook arrest van 20 mei 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, Jurispr. blz. I-4989, punt 64).

36. Vervolgens kan worden volstaan met de constatering dat reeds uit lezing van de definitie in artikel 2, sub b, van de richtlijn duidelijk wordt dat de in deze vraag bedoelde activiteit valt binnen de definitie van „verwerking van persoonsgegevens” in de zin van deze bepaling van de richtlijn.

37. Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat, wanneer gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal en over het vermogen van natuurlijke personen:

- op basis van openbare documenten van overheidsinstanties worden verzameld en met het oog op openbaarmaking bewerkt,
 - in alfabetische volgorde en naar inkomenscategorie, in de vorm van uitvoerige, per gemeente gerangschikte lijsten als drukwerk openbaar worden gemaakt,
 - op een cd-rom ter verwerking voor commerciële doeleinden worden verstrekt,
 - in het kader van een sms-dienst worden gebruikt, waarbij gebruikers van een mobiele telefoon na verzending van een sms met de naam en de woonplaats van een bepaalde persoon naar een bepaald nummer, als antwoord gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal van deze persoon alsook over zijn vermogen kunnen verkrijgen,
- dit moet worden beschouwd als „verwerking van persoonsgegevens” in de zin van deze bepaling.

De vierde vraag

38. Met zijn vierde vraag, die als tweede moet worden besproken, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in vraag 1, sub c en d, betreffende naambestanden die enkel informatie bevatten welke reeds als zodanig is gepubliceerd in de media, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

39. Ingevolge artikel 3, lid 2, van de richtlijn is de richtlijn in twee gevallen niet op de verwerking van persoonsgegevens van toepassing.

40. Het eerste geval betreft de verwerking van persoonsgegevens die met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende activiteiten geschiedt, zoals die bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en in ieder geval verwerkingen die betrekking hebben op de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de staat (waaronder de economie van de staat, wanneer deze verwerkingen in verband staan met vraagstukken van staatsveiligheid), en de activiteiten van de staat op strafrechtelijk gebied.

41. Deze in artikel 3, lid 2, eerste streepje, van de richtlijn als voorbeeld genoemde activiteiten zijn in alle gevallen specifieke activiteiten van de staten of van overheidsdiensten en hebben niets van doen met de gebieden waarop particulieren activiteiten ontplooiën. Zij dienen tot afbakening van de reikwijdte van de daarin geregelde uitzondering, zodat die uitzondering enkel geldt voor activiteiten die daarin aldus uitdrukkelijk zijn vermeld of die in dezelfde categorie kunnen worden ondergebracht (eiusdem generis) (zie arrest van 6 november 2003, Lindqvist, C-101/01, Jurispr. blz. I-12971, punten 43 en 44).

42. De in vraag 1, sub c en d, genoemde verwerking van persoonsgegevens is echter een activiteit van particuliere ondernemingen. Dit is geen activiteit in een door de overheid ingesteld kader dat betrekking heeft op de openbare veiligheid. Dergelijke activiteiten kunnen dan ook niet op één lijn worden gesteld met die van artikel 3, lid 2, van de richtlijn (zie in die zin arrest van 30 mei 2006, Parlement/Raad, C-317/04 en C-318/04, Jurispr. blz. I-4721, punt 58).

43. Wat het tweede geval betreft, genoemd in het tweede streepje van deze bepaling, zijn in punt 12 van de considerans van de richtlijn, dat betrekking heeft op deze uitzondering, correspondentie en het bijhouden van adressenbestanden genoemd als voorbeeld van gegevensverwerking door een natuurlijk persoon in activiteiten met een uitsluitend persoonlijk of huishoudelijk doel.

44. Deze tweede uitzondering moet dus in die zin worden uitgelegd dat zij uitsluitend betrekking heeft op activiteiten die tot het persoonlijk of gezinsleven van particulieren behoren (zie arrest Lindqvist, punt 47). Dit is duidelijk niet het geval

met betrekking tot de activiteiten van Markkinapörssi en Satamedia, die tot doel hebben, de verzamelde gegevens ter kennis te brengen van een onbestemd aantal personen.

45. Derhalve moet worden geconcludeerd dat de in vraag 1, sub c en d, bedoelde verwerking van persoonsgegevens niet behoort tot de in artikel 3, lid 2, van de richtlijn genoemde gevallen.

46. Overigens moet erop worden gewezen dat de richtlijn geen verdere beperking van haar werkingssfeer toelaat.

47. In dit verband merkt de advocaat-generaal in punt 125 van haar conclusie op dat artikel 13 van de richtlijn slechts uitzonderingen toestaat op enkele richtlijn-bepalingen, waaronder niet artikel 3.

48. Ten slotte moet worden opgemerkt dat door een algemene afwijking van de toepassing van de richtlijn voor gepubliceerde informatie, deze richtlijn groten-deels zinloos zou worden. De lidstaten zouden dan immers gegevens slechts behoeven te publiceren om ze aan de bescherming van de richtlijn te onttrekken.

49. Derhalve moet op de vierde vraag worden geantwoord dat de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in vraag 1, sub c en d, betreffende bestanden van de overheid met persoonsgegevens die enkel informatie bevatten welke reeds als zodanig is gepubliceerd in de media, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

De tweede vraag

50. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 9 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de in vraag 1, sub a tot en met d, genoemde activiteiten betreffende gegevens uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn, moeten worden beschouwd als verwerking van persoonsgegevens uitsluitend voor journalistieke doeleinden. De verwijzende rechter geeft verder aan, te willen vernemen of het voor de beoordeling van belang is dat het hoofddoel van deze verwerking de openbaarmaking van die gegevens is.

51. Vooraf moet worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak de bepalingen van een richtlijn moeten worden uitgelegd tegen de achtergrond van het doel ervan en van de daarbij ingevoerde regeling (zie in die zin arrest van 11 september 2008, Caffaro, C-265/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 14).

52. Zoals uit artikel 1 van de richtlijn blijkt, staat vast dat deze richtlijn tot doel heeft dat de lidstaten, waar zij het vrij verkeer van persoonsgegevens mogelijk maken, tegelijkertijd de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden

van natuurlijke personen, met name van hun privéleven, waarborgen in verband met de verwerking van persoonsgegevens.

53. Dit doel kan echter niet worden nagestreefd zonder rekening te houden met het feit dat deze fundamentele rechten tot op zekere hoogte moeten worden verzoend met het fundamentele recht van de vrijheid van meningsuiting.

54. Een dergelijke verzoening wordt beoogd met artikel 9 van de richtlijn. Zoals met name uit punt 37 van de considerans van de richtlijn blijkt, heeft artikel 9 tot doel, twee fundamentele rechten met elkaar te verzoenen: de bescherming van het privéleven en de vrijheid van meningsuiting. Dit is de taak van de lidstaten.

55. Voor de verzoening van deze twee „fundamentele rechten” in de zin van de richtlijn dienen de lidstaten te voorzien in uitzonderingen op of beperkingen van de gegevensbescherming, en dus van het fundamentele recht op privéleven als neergelegd in de hoofdstukken II, IV en VI van deze richtlijn. Deze uitzonderingen mogen uitsluitend worden gemaakt voor journalistieke, artistieke of literaire doeleinden, die onder het fundamentele recht van de vrijheid van meningsuiting vallen, en enkel voor zover die uitzonderingen nodig blijken te zijn voor de verzoening van het recht op privéleven met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

56. Om rekening te houden met het belang dat de vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving toekomt, is het in de eerste plaats noodzakelijk, de daarmee samenhangende begrippen, waaronder het begrip journalistiek, ruim te interpreteren. In de tweede plaats, om tot een evenwichtige afweging tussen de beide fundamentele rechten te komen, eist het fundamentele recht op bescherming van het privéleven dat de uitzonderingen op en beperkingen van de gegevensbescherming in vorengenoemde hoofdstukken van de richtlijn, binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven.

57. In dit verband dienen de volgende factoren in aanmerking te worden genomen.

58. In de eerste plaats, zoals de advocaat-generaal in punt 65 van haar conclusie heeft opgemerkt en zoals blijkt uit de voorgeschiedenis van de richtlijn, gelden de in artikel 9 van de richtlijn neergelegde ontheffingen en uitzonderingen niet alleen voor mediaondernemingen maar voor alle in de journalistiek werkzame personen.

59. In de tweede plaats sluit het feit dat een publicatie van openbare gegevens is verbonden met een winstgevend doel niet a priori uit, dat deze is te beschouwen als een activiteit „uitsluitend voor journalistieke doeleinden”. Zoals Markkina-pörssi en Satamedia in hun opmerkingen en de advocaat-generaal in punt 82 van haar conclusie opmerken, is elke onderneming met haar activiteiten uit op winst.

Een zeker commercieel succes kan zelfs de conditio sine qua non zijn voor het voortbestaan van professionele journalistiek.

60. In de derde plaats moet rekening worden gehouden met de ontwikkeling en de vervelvoudiging van middelen voor communicatie en informatieverbreiding. Zoals is opgemerkt, met name door de Zweedse regering, is de drager waarmee de verwerkte gegevens worden overgedragen, of dit nu klassieke dragers zijn zoals papier of elektromagnetische golven, dan wel elektronische zoals internet, niet bepalend voor de beoordeling of het gaat om een activiteit „uitsluitend voor journalistieke doeleinden”.

61. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat activiteiten als die in het hoofdgeding, die betrekking hebben op gegevens afkomstig uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn, kunnen worden aangemerkt als „journalistieke activiteiten”, indien zij de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium. Deze activiteiten zijn niet voorbehouden aan mediaondernemingen en kunnen een winst-oogmerk hebben.

62. Op de tweede vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 9 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de in vraag 1, sub a tot en met d, bedoelde activiteiten, die betrekking hebben op gegevens afkomstig uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn, moeten worden beschouwd als verwerking van persoonsgegevens „uitsluitend voor journalistieke doeleinden” in de zin van die bepaling, indien die verwerking als enig doel heeft de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is.

De derde vraag

63. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 17 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de publicatie van gegevens die zijn verzameld voor journalistieke doeleinden, en aan de verspreiding daarvan voor commerciële doeleinden.

64. Gezien het antwoord op de tweede vraag behoeft deze vraag geen beantwoording.

Kosten

65. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, moet aldus worden uitgelegd dat, wanneer gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal en over het vermogen van natuurlijke personen:
 - op basis van openbare documenten van overheidsinstanties worden verzameld en met het oog op openbaarmaking bewerkt,
 - in alfabetische volgorde en naar inkomenscategorie, in de vorm van uitvoerige, per gemeente gerangschikte lijsten als drukwerk openbaar worden gemaakt,
 - op een cd-rom ter verwerking voor commerciële doeleinden worden verstrekt,
 - in het kader van een sms-dienst worden gebruikt, waarbij gebruikers van een mobiele telefoon na verzending van een sms met de naam en de woonplaats van een bepaalde persoon naar een bepaald nummer, als antwoord gegevens over het inkomen uit arbeid en kapitaal van deze persoon alsook over zijn vermogen kunnen verkrijgen,dit moet worden beschouwd als „verwerking van persoonsgegevens” in de zin van deze bepaling.
- 2) Artikel 9 van richtlijn 95/46 moet aldus worden uitgelegd dat de in vraag 1, sub a tot en met d, bedoelde activiteiten, die betrekking hebben op gegevens afkomstig uit documenten die volgens de nationale wetgeving openbaar zijn, moeten worden beschouwd als verwerking van persoonsgegevens „uitsluitend voor journalistieke doeleinden” in de zin van die bepaling, indien die verwerking als enig doel heeft de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is.
- 3) De verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in vraag 1, sub c en d, betreffende bestanden van de overheid met persoonsgegevens die enkel informatie bevatten welke reeds als zodanig is gepubliceerd in de media, valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 95/46.

ondertekeningen

Index

volgt

Systematisch register

volgt

